

# **VIABILIDAD JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL MENOR DE EDAD, POR PARTE DE LOS ABUELOS PTERNOS**

**LEIDY JOHANNA RODRÍGUEZ ALZATE  
CAROLINA UCHIMA ESPINOSA  
GILDARDO A. CASTAÑEDA BETANCUR**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA  
PEREIRA RISARALDA,  
2013**

**VIABILIDAD JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL MENOR DE  
EDAD, POR PARTE DE LOS ABUELOS PTERNOS**

**LEIDY JOHANNA RODRÍGUEZ ALZATE  
CAROLINA UCHIMA ESPINOSA  
GILDARDO A. CASTAÑEDA BETANCUR**

**Monografía de grado para optar al título de Especialista en Derecho de  
Familia.**

**Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA  
Coordinador Especialización**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA  
PEREIRA RISARALDA,  
2013**

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

---

---

Presidente del jurado

---

Jurado

---

Jurado

Pereira, Abril de 2013

A mi hija y esposo.  
Leidy Johanna.

## Agradecimientos

A Dios porque gracias a él y sus bendiciones hemos llegado con éxito a culminar lo que en un principio parecía un sueño.

## CONTENIDO

	Pag.
RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	11
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	12
1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.3 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	15
2. JUSTIFICACIÓN	16
3. OBJETIVOS	18
3.1. OBJETIVO GENERAL	18
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	18
4. MARCOS DE REFERENCIA	19
4.1 MARCO HISTÓRICO	19
4.2 MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL	22
4.2.1 Viabilidad Jurídica	22
4.2.2 La Filiación desde la Doctrina y la Jurisprudencia	24
4.2.3 El Reconocimiento	30
4.2.4 El Reconocimiento Expreso	33
4.2.5 Notificación y Aceptación del Reconocimiento	34
4.2.6 Medios para efectuar el reconocimiento	34
4.2.7 Reconocimiento en el acta de nacimiento	35
4.2.8 Reconocimiento por escritura pública	36
4.2.9 Reconocimiento Ficto	37
4.2.10 ¿Quién puede reconocer?	38
4.3 MARCO LEGAL	39
4.3.1 Convenios Internacionales	39
4.3.2 Referente Constitucional	42
4.3.3 Evolución Legislativa	42
4.4 ESTADO ACTUAL	46
5. DISEÑO METODOLÓGICO	49
5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	49
5.2 HIPÓTESIS	49
5.3 INSTRUMENTO	49

	Pag.
6. DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	51
6.1 DESARROLLO DE OBSERVACIÓN JURÍDICA	52
6.2 DESARROLLO REJILLA DERECHO COMPARADO	58
6.3 DESARROLLO REJILLA DE PARTICIPACIÓN	64
7. ANÁLISIS EFICIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	68
7.1 ANÁLISIS DE LA REJILLA DE OBSERVACIÓN JURÍDICA	68
7.2 ANÁLISIS DE LA REJILLA DE DERECHO COMPARADO	70
7.3 PERCEPCIÓN DE EXPERTOS	72
7.3.1 Análisis de la rejilla 3-1	72
7.3.2 Análisis de la rejilla 3-2	73
7.3.3 Análisis de la rejilla 3-3	73
7.3.4 Análisis de la rejilla 3-4	73
8. CONCLUSIONES	75
9. RECOMENDACIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	79

## LISTA DE CUADROS

	Pag.
Cuadro No.1 Rejilla de observación jurídica	52
Cuadro No.2 Rejilla de Derecho Comparado	58
Cuadro No. 3-1 Rejilla de Registro y participación	64
Cuadro No. 3-2 Rejilla de Registro y participación	65
Cuadro No. 3-3 Rejilla de Registro y participación	66
Cuadro No. 3-4 Rejilla de Registro y participación	67



## **RESUMEN**

La investigación gira en torno a la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso del menor de edad, por parte de los abuelos paternos en ausencia del presunto padre por ser un derecho constitucional fundamental, donde se propone la posibilidad de un procedimiento administrativo que permita un acceso pronto y oportuno al menor de edad a su filiación natural real. Para ello bajo una metodología descriptiva – prospectiva se realizó un análisis de la normatividad interna colombiana para identificar la figura jurídica de la filiación desde la Constitución, el desarrollo legislativo sustantivo, procedimental y jurisprudencial, para luego bajo la óptica del Derecho Comparado contextualizar la situación, con el apoyo además, de expertos profesionales, que en ejercicio de sus cargos opinan sobre el acontecer práctico en la aplicación de la norma, como una forma de imprimir criterios de validez y confiabilidad al tema estudiado. Los resultados obtenidos se acuñan en fuentes secundarias con autores como el Ex magistrado Gerardo Monroy Cabra, Jorge Parra Benítez, entre otros, como también fuentes oficiales de la normatividad vigente en España, Costa Rica y Argentina.

El compendio de datos y resultados de la síntesis de los mismos arrojan como la conclusión más importante la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso del menor de edad por vía administrativa, sin que ello signifique la exclusión de la filiación judicial en los casos que así se requiera, ubicando por encima de cualquier precepto jurídico el interés superior del menor y sus derechos fundamentales.

Palabras clave: filiación, reconocimiento expreso, viabilidad jurídica, procedimiento administrativo.

## **ABSTRACT**

The investigation turns concerning the juridical viability of the express recognition of the minor, On the part of the paternal grandparents in absence of the supposed father for being a fundamental constitutional law, Where one proposes the possibility of an administrative procedure that allows one I accede promptly and opportunely to the minor to his natural royal filiation. For it under a descriptive methodology - market there was realized an analysis of the internal Colombian normatividad to identify the juridical figure of the filiation from the Constitution, The legislative substantive, procedural and jurisprudential development, for then under the optics of the Compared Law contextualized the situation, With the support in addition, of professional experts, who in exercise of his charges think on to happen practically in the application of the norm, As a way of stamping criteria of validity and reliability on the studied topic. The obtained results are coined in secondary sources by authors as the ex-justice Gerardo Monroy Cabra, Jorge Parra Benítez, between others, as also official sources of the in force normativity in Spain, Costa Rica and Argentina.

The compendium of information and results of the synthesis of the same ones throw as the most important conclusion the juridical viability of the express recognition of the minor for administrative route, without it means the exclusion of the judicial filiation in the cases that like that are needed, locating over any juridical rule the top interest of the minor and his fundamental rights.

Key words: filiation, express recognition, juridical viability, administrative procedure.

## INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales la familia ha sido considerada como pilar fundamental de la sociedad y es tarea del derecho ordenar la conducta humana en función de la convivencia social, del equilibrio de múltiples intereses, ordenados a la realización de actuaciones circunscritas a la justicia. En este sentido el Derecho de Familia contempla la figura jurídica de la filiación, tema central del presente trabajo, específicamente en lo concerniente al reconocimiento expreso del menor en ausencia del presunto padre, debido a que en ese sentido se advierte un halo de inequidad jurídica al someter a los niños, niñas y adolescentes a un sistema judicial lento, congestionado y de intrínquilis normativo, que además está sujeto a tiempos límites para ejercer las acciones judiciales correspondientes.

En el presente trabajo de investigación se desarrolló el estudio de la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre, mediante un trámite expedito, como el administrativo, siendo esta una forma de aportar desde la academia a los problemas jurídicos observados desde el ámbito del Derecho.

En el transcurso de las siguientes páginas se encontrará bajo el tipo de investigación Descriptivo – Prospectivo, basados especialmente en el aspecto teórico - bibliográfico, una reflexión crítica y actitudinal jurídica frente al reconocimiento expreso del menor en ausencia del presunto padre, bajo la limitante de no estar normatizada de manera práctica en Colombia y por el contrario sometido a un ordenamiento jurídico amplio y engorroso; de allí que en los capítulos desarrollados se encontrarán las bases suficientes, desde la misma legislación interna y de Derecho Comparado, para someter a consideración reformas que posibiliten proteger al menor de edad, bajo el principio de interés prevalente del menor y ser consecuente con los principios procesales de celeridad, acceso a la justicia y economía procesal.

## 1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

### 1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La legislación Colombiana, ha mostrado grandes avances para determinar la paternidad de aquellos que no son reconocidos, por un lado encontramos la facultad de investigar judicialmente la paternidad y el establecimiento de presunciones a favor de su determinación, y más tarde con la consagración de la igualdad de derechos con los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; pero pese a ese gran esfuerzo, aún, muchas son las dificultades para establecer los derechos de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

Posteriormente, y con la introducción de la tecnología forense, el análisis de la paternidad y maternidad se ha venido estableciendo mediante la práctica de pruebas científicas. Sin embargo, aún no se cuenta con la agilidad suficiente para solucionar la problemática que plantea el creciente número de hijos extramatrimoniales sin paternidad reconocida.

Ciertamente, y como se venía exponiendo, las dificultades procesales para investigar la paternidad, la consecuente demora en el trámite de los procesos judiciales de investigación de paternidad, y la carencia de recursos por parte de los interesados en el establecimiento de la paternidad extramatrimonial, desestimulan cualquier esfuerzo en ese sentido. Ha acontecido, que la declaración judicial de la paternidad viene mucho después de expirada la oportunidad para reclamar los derechos que le corresponden al niño, o cuando la satisfacción de los mismos ya no es útil para contribuir a la buena formación del individuo, o peor aún, cuando después de obtener por cualquier medio posible, la oportunidad para la práctica de la prueba –fundamental en los procesos de filiación o impugnación-, el término establecido por la evolucionada normatividad en la gestión, ha declarado la caducidad de la acción para el caso de la impugnación, cuya consecuencia varía en que el menor tiene por padre a quien no lo es, razón suficiente para interponer otro medio judicial para el verdadero reconocimiento, como lo sería la llamada Acción de Tutela, pues su carácter de *ultima ratio*, ha de permitir tal procedimiento.

Lo anterior es para indicar, que pese a los grandes o pocos esfuerzos por parte del legislador en querer innovar en tan delicado tema, aún quedan vacíos, pues no se puede decir o más bien definir una reglamentación uniforme y universal que

prevea de manera pronta y oportuna el interés superior del menor en cuanto a su derecho a una identidad jurídica real y reconocida o la evolución de situaciones en el tiempo, como por ejemplo la procreación asistida, por tal motivo, es necesario el realizar estudios e investigaciones que puedan subsanar o más bien agilizar los procedimientos que garanticen el interés superior del menor para adquirir su verdadera personalidad jurídica.

Ahora bien, las acciones de reclamación se dirigen a demostrar que una determinada persona tiene un vínculo de consanguinidad con otra persona que es su presunta madre o presunto padre. Para estos casos, se tienen dos vías o procedimientos aplicables según el establecido en la ley.

En primer lugar se encuentra, que si el hijo o la hija es menor de edad, se debe aplicar el artículo 7 de la ley 721 de 2001, el cual señala un procedimiento especial preferente mediante la acción de investigación de paternidad. Este procedimiento se da incluso cuando el padre o madre presuntos hayan fallecido.

En segundo lugar, si el hijo o hija es mayor de edad, como para el caso no se tiene un procedimiento especial y no fue incluido en el artículo 7 de la ley 721, ya citada, se debe llevar por el procedimiento ordinario de mayor cuantía.

Los aspectos relacionados anteriormente, serán objeto de estudio en capítulos posteriores, con el debido cuidado en cada procedimiento, pues por el momento, se limita en señalar, que cada caso en particular se somete a un trámite especial, es decir, cada proceso tiene sus propios lineamientos, pese a que tanto las acciones de filiación y de investigación persiguen el mismo fin, y de los cuales tienen muchos elementos en común (Quizás, se incurre en error, en pensar, que ambas cosas, es decir, investigación y filiación son lo mismo, pues se demostrara que en la práctica no lo es).

Es así, que en la presente investigación no se concibe que en el caso de la filiación o investigación de maternidad, el hijo o hija deba demostrar que su madre tuvo un parto y que de ese parto nació un hijo o hija, es decir él o ella misma, además obligado a utilizar todo el sistema judicial. O en su defecto, puede acreditar la posesión notoria de hijo o hija extramatrimonial mediante otros mecanismos rodeados de la simple manifestación y reconocimiento de las partes mucha más allá de una jurisdicción voluntaria como el otorgamiento de la fe pública de un notario, solo por citar un ejemplo.

Por otro lado la Paternidad no se puede probar por el parto, ni la identidad en el parto, pues se deriva de un hecho difícil de probar como es la concepción, por tal motivo la ley ha establecido unas presunciones sobre las cuales se basan los juicios de investigación de paternidad o filiación. El artículo 6 de la ley 75 de 1968, presume la paternidad en diversas presunciones de las cuales dedicaremos un capítulo especial y preferente, pues a pesar de que hoy por hoy, tanto las modificaciones normativas o como los avances jurisprudenciales han adoptado la obligatoriedad de las pruebas genéticas; no se dejará de dedicar una parte para tal tema, pues por mucho tiempo se dieron importancia a este tipo de prueba – es decir las presunciones-, por tanto esto es un segundo plano a la hora de valorar cada prueba y cada caso en particular, pues más adelante se observará que pese a existir diferencias entre las pruebas, entran a jugar otros factores de índole normativo-sustancial, es decir, prevalece la sustancia sobre la forma – términos de caducidad para imponer las respectivas acciones y/o sus efectos en los respectivos fallos-.

## 1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La Universidad Libre de Pereira y su facultad de Derecho, conforme a la línea de investigación teórica del Derecho, desarrolla esta investigación en el contexto local, con connotación *erga omnes* por principio normativo, al proponer un estudio atinente al reconocimiento expreso del menor (filiación) por parte de los abuelos paternos en ausencia del presunto padre, correspondiente a la jurisdicción de Familia.

Los investigadores haciendo uso de la hermenéutica como herramienta de interpretación, desde el Derecho comparado y contextualizado a los procedimientos jurídicos actualmente aplicados en Colombia para el reconocimiento del menor en los casos de ausencia del presunto padre, donde los abuelos entran a asumir la filiación natural de éstos, bajo los supuestos de la viabilidad jurídica de un procedimiento más expedito (administrativo) y el reconocimiento expreso como el camino más eficiente que el existente (jurisdicción voluntaria u ordinaria) en la legislación colombiana actualmente.

En ese orden de ideas, desde el año 2010 se viene consultando las fuentes secundarias referentes al tema y su decantación desde el ámbito Constitucional, Legal, Jurisprudencial y de Derecho Comparado, esclareciendo el camino para sugerir como establecer el procedimiento para declarar el reconocimiento expreso del menor, por parte de los abuelos paternos.

### 1.3 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es la viabilidad jurídica preliminar, como base para la realización de una propuesta del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre, ante notario o Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF?

## 2. JUSTIFICACIÓN

Para el derecho, la paternidad posee un estatuto natural, uno económico y uno jurídico. Natural porque biológicamente todo ser tiene padre y es producto de la unión de dos células procedentes de un hombre y una mujer. Sobre esto no hay discusión; el asunto se complica un poco al tener en cuenta que, si bien la maternidad es susceptible de prueba directa porque hace parte de un hecho: el alumbramiento, la paternidad requiere contar con inferencias y presunciones, como la existencia de cohabitación, relación sexual y aunado a ello, fidelidad en la mujer, situaciones generadas que para su absolución cuenta con términos perentorios establecidos en la Ley, susceptibles de quedar en firme y sin oportunidad de hacer valer una verdad real.

Pero, la llegada de un niño va más allá de ser un acontecimiento biológico y familiar, implica un nacimiento para el Estado, el nacimiento de una persona jurídica, lo cual tiene consecuencias que se materializan en *Derechos y Deberes*. Es aquí donde un asunto natural empieza a ser objeto de legislación, con el fin de regular los alcances y límites del vínculo entre padres e hijos.

Por lo tanto, en vista de que en la familia está en juego no solo un interés individual de la persona que la conforma, sino que también se presentan los intereses de toda una sociedad, se requiere de la intervención del Estado a través de su ordenamiento jurídico, puesto que los actos de que en ellos se desprende son aquellos que hacen relación al estado civil de las personas, entendiendo este como un derecho fundamental de las personas físicas y naturales. Desde el punto de vista legal, conforme al artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, se considera como la situación jurídica en la familia y la sociedad (de la persona natural), determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones.

Es así, que la Filiación es un elemento del estado civil, y el derecho a conocerla y establecer la filiación real, es igualmente derecho fundamental innominado, de esta manera lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-109 de 15 de Marzo de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En el Fallo se lee, con exactitud, que “Concluye entonces la Corte que el Derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad Jurídica.”



En ese orden de ideas, la sentencia en referencia produjo una importante doctrina Constitucional sobre el derecho de una persona a establecer su filiación real, que da paso amplio a la averiguación de la filiación y la paternidad.

Por lo tanto, los actos que se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, en su mayoría son solemnes y con trascendencia dentro del campo social, como ya se dijo con anterioridad, de allí que el legislador los quiso establecer con rigor y proteccionismo; pero situaciones como las planteadas justifican un cambio que integre con carácter universal los vacíos, acercándose a una verdad real para todos representada en una filiación justa y jurídica. Además de buscar soluciones a la descongestión de los estrados judiciales en la jurisdicción de familia, permitir con mayor rapidez a través de instituciones debidamente competentes para conocer y dilucidar el asunto, entre otros.

Una vez establecida la justificación desde lo teórico, práctico y/o innovativo, lo metodológico está dispuesto conforme a capítulo que más adelante se describe, con un componente de Derecho Comparado, en donde se toman los países más avanzados con respecto al tema puntual (España – Costa Rica) frente a Colombia, destacando las bases constitucionales y jurisprudenciales propicias que se acercan a los países escogidos, contratándolos con una legislación como la Argentina, que carece de bases sólidas en su desarrollo para el tema de filiación. Se exceptúa a Chile (de donde proviene el Código Civil Colombiano) como referente, entre otras razones, a que solo hasta el año 2005 se crearon los Juzgados de Familia<sup>2</sup>, lo que evidencia una pobre ejecución en lo concerniente a la congestión judicial y por ende a los casos puntuales aludidos en el presente trabajo. Es de notar, como más adelante se expresa en el marco teórico y conceptual que se exploraron las legislaciones de varios países, quedando seleccionados los aquí referenciados para el estudio de Derecho Comparado.

---

<sup>2</sup> BENAVIDES SANTOS, Diego. "*Tendencias del proceso familiar en América Latina*" Revista Electronica Dialnet, Recuperado el 2 de Septiembre de 2011, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1396115>

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GENERAL**

Estudiar la viabilidad jurídica preliminar, como base para la realización de una propuesta del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre, ante notario o Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Identificar el estado actual de la filiación natural en Colombia, desde la perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial.
- Comparar la institución jurídica de la filiación natural en Colombia en, lo relacionado con el reconocimiento expreso del menor, por parte de los abuelos con las legislaciones de España, Costa Rica y Argentina.
- Describir y analizar la percepción que expertos del derecho civil-familia tienen sobre un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre.

## 4. MARCOS DE REFERENCIA

### 4.1 MARCO HISTÓRICO

La filiación es el estado de familia, portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y los deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores. El hecho biológico de la concepción es siempre el mismo cualquiera sea la situación jurídica de los padres al momento de la concepción, pero ¿cómo se introdujo el parentesco en nuestra sociedad?

En el libro *Mutterrecht* (El derecho materno), de Bachofen escrito en 1861, citado en el portal de divulgación científica e-ciencia en el artículo titulado “Antropología del Parentesco<sup>3</sup>”, se expone la hipótesis sobre el matriarcado como la forma original de la organización en las sociedades primitivas. La base de su argumento lo constituyen el conjunto de mitos antiguos en los que las mujeres aparecían como las figuras de autoridad —Verbo y gracia - el mito de las amazonas. De acuerdo con Bachofen, el parentesco en las sociedades primitivas se fijaba a través de la madre, lo anterior debido a que la promiscuidad de los seres humanos en estado no organizado, impediría que se conociera cuál es el padre o que estos reconocieran a sus hijos. Como consecuencia de lo anterior, las mujeres tenían también el monopolio del poder político, lo que dio origen al gobierno de las mujeres.

Sin embargo, es preciso aclarar que ésta hipótesis nunca ha sido probada y puesta en duda por Maine<sup>4</sup> quien dice que el matriarcado es solo el resultado de una mala interpretación de los mitos y leyendas antiguos.

Autores británicos como J McLennan<sup>5</sup> desconociendo a Bachofen, explican que las formas anteriores de organización parental podrían ser descubiertas mediante la observación de ciertos ritos de los pueblos primitivos, uno de ellos es, el rapto

---

<sup>3</sup> e-ciencia. Proveniente de Bachofen, "La historia de la familia como institución social", en Palerm, 1976: 159-165 (2 de 10 de 2011). <http://e-ciencia.com/>. Recuperado el 2 de 10 de 2011, de e-ciencia: [http://e-ciencia.com/recursos/enciclopedia/Antropolog%C3%ADa\\_del\\_parentesco](http://e-ciencia.com/recursos/enciclopedia/Antropolog%C3%ADa_del_parentesco)

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

de la novia. La existencia de esta práctica en varios pueblos se da por la falta de mujeres aptas para el matrimonio; la cantidad de hombres supera a la de mujeres ocasionando un desbalance en la población y llevando a prácticas como el infanticidio de neonatas, dado en culturas agrícolas que traen consigo la pérdida de fuerza laboral. Otro ejemplo se daba cuando una mujer se casaba y dejaba de pertenecer a la familia inicial, pasando a pertenecer a la familia del esposo; por esta razón sus padres querían que las mujeres se casaran de una avanzada edad, con lo cual garantizaban que participaran en la economía de la familia por el mayor tiempo posible.

La escasez de mujeres generó que hombres en edad de casarse raptaran otras de tribus distintas para desposarlas, claro está que no siempre se podía raptar una mujer, generando que una mujer compartiera varios varones, a lo que se le conoce como Poliandria y ésta se convirtió en una forma de establecer el parentesco entre los seres humanos, el creer que la poliandria es proveniente de matriarcado es equivocado, pues como señala el autor generalmente se da por los infanticidios de las mujeres; pero si la poliandria no significa matriarcado si suele provocar matrilineajes, en una sociedad matrilineal, el parentesco se da por línea materna, es decir por la relación del recién nacido con las mujeres del grupo.

Entre Romanos y griegos, los padres de familia eran quienes decidían si aceptaban o no al recién nacido. La señal de aceptación la daba el Pater familia cuando lo levantaba del suelo donde lo había dejado la matrona, el padre lo acogía con tal acto. Si por el contrario no lo aceptaba, el hijo era expuesto, es decir, era dejado en algún basurero público o en algún domicilio; en tal caso los recién nacidos o bien morían, o bien eran recogidos por tratantes de esclavos que lo alimentarían para posteriormente venderlo. Los egipcios, los germanos y los judíos no exponían a sus hijos, sino que los criaban a todos.

Los criterios para abandonar a los hijos (niños expósitos) eran diversos: se exponía siempre a los malformados, los pobres exponían a los hijos por no tener las condiciones para alimentarlos; así que la clase media prefería tener menos hijos para poder alimentarlos y educarlos mejor. Los campesinos en las provincias orientales, cuando una familia llegaba a un máximo tolerable de hijos, regalaba los sobrantes a otras familias que los aceptaban gustosos debido a que podría ser más mano de obra para las plantaciones de la familia; aquellos hijos regalados eran llamados *threptoi* (tomados a cargo). Pero incluso los ricos llegaban a no desear un hijo, frecuentemente por cuestiones legales, testamentarias. Los niños expuestos rara vez sobrevivían: los ricos no lo querían ver más mientras que los pobres guardaban algunas esperanzas de que el niño fuese acogido.

El abandono de los hijos se daba también como gesto de protesta por parte del marido, en caso de sospecha de adulterio de su pareja. En Roma pesaba más el nombre que la sangre; los bastardos tomaban el nombre de su madre, con lo cual se les privaba de llegar a ocupar dignidades políticas o de pertenecer a la nobleza o la aristocracia; por el contrario los libertos, es decir, los esclavos liberados por el amo y los adoptados por el solo hecho de tomar el nombre y la familia del amo que los liberó o de quien los adoptó podían llegar a la aristocracia, a la política e incluso al senado.

En el derecho Justiniano se distinguen las siguientes categorías de hijos fuera del matrimonio los *liberi naturali* (hijos de concubina); los *liberi adulterini* y los *liberi incestuosi* (nacidos de unión prohibida), solo los primeros gozaban de ciertos derechos y se admitía su adopción por el padre, esta adopción más adelante fue vedada pero se le reconocieron nuevos derechos con los que se mitigaban las diferencias de trato y de derechos hasta verse convertido en herederos legítimos.

Con la aparición del cristianismo que promulgaba la filiación divina de todos los hijos de Dios sin perjuicio del tiempo, o el estado civil de las personas, se llegó a proclamar que todos los hombres nacen iguales.

En resumen, el contexto histórico de los sistemas de parentesco, según lo describe el libro "*El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*" (Engels, 2004)<sup>6</sup>, sólo después de largos intervalos de tiempo se registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia. "*Lo mismo –añade Carlos Marx– sucede en general con los sistemas políticos, jurídicos, religiosos y filosóficos*". Al paso que la familia sigue viviendo, el sistema de parentesco se osifica; y mientras éste continúa en pie por la fuerza de la costumbre, la familia rebasa su marco.

Colombia no ha sido ajena a esa osificación del sistema de parentesco, tal como lo expone Gutiérrez de Pineda de la Confederación Nacional Católica de Educación, sobre el acontecer familiar posterior a 1960 y las modalidades familiares de fin de siglo, con su concebida caracterización:

"9. Vida erótico – afectiva *normatizada* según principios patriarcales. *Procreación no controlada*.

---

<sup>6</sup> Se hace necesario aclarar que la Primera Edición del texto original es de 1884, retomado por Ediciones de la revolución ecuatoriana. Colección 40 Aniversario del Partido Comunista Marxista Leninista del Ecuador Publicación a cargo del COMITÉ PROVINCIAL DE SUCUMBÍOS del PCMLE

10. valores fuertemente internalizados de compromiso obligatorio de la pareja frente a la sociedad, fundamentalmente a su fe católica, *al sistema de parentesco, la descendencia, la pareja y el ego mismo (...)* (p. 10)<sup>7</sup>

Es decir, aún se está frente a los rezagos de un patriarcado de procreación no controlada en la que el sistema de parentesco era laxo frente a las responsabilidades para con la descendencia, bajo el halo protector de un catolicismo que satanizaba lo extramatrimonial.

## 4.2 MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

En el presente trabajo de investigación y conforme a la delimitación del mismo, se desarrollan básicamente 2 tópicos fundamentales: la viabilidad jurídica en el contexto de la modificación en una norma y el reconocimiento expreso como mecanismo administrativo expedito para la filiación natural de un menor en ausencia del presunto padre. En ese escenario resulta fundamental consignar lo referente a la filiación desde la doctrina y jurisprudencia que opera actualmente, como también lo dispuesto a la fecha para el reconocimiento y sus diferentes modalidades.

### 4.2.1 Viabilidad Jurídica

El concepto de viabilidad jurídica se encuentra asociado a las reglas sobre la definición preliminar de un proyecto, donde se deben tener en cuenta aspectos esenciales sobre la procedencia y pertinencia jurídico-legal de lo propuesto, es así que un primer paso en el estudio del reconocimiento expreso de un menor por parte de los abuelos paternos en ausencia del presunto padre, como propuesta para un procedimiento más expedito como el administrativo, es la competencia del cuerpo legislativo, que como cualquier otro órgano de gobierno, no tiene una competencia ilimitada sino que su accionar debe mantenerse dentro de los parámetros y los límites que le marcan las normas de rango superior. En tal sentido debe analizarse, en relación con el proyecto que pretende elaborarse, la correspondencia con: la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales reconocidos por la Nación. Es decir, debe analizarse primeramente si el proyecto en cuestión corresponde a facultades o atribuciones de la Nación, tal como se expresa en el *Manual de Técnica Legislativa*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> CONACED. La Familia en la Perspectiva del año 2000 - Colección Mesa Redonda. Bogotá: Cooperativa Editorial Magisterio. (2000).

<sup>8</sup> PEREZ BOURBON, Héctor. Manual de Técnica Legislativa. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung ISBN 978-987-1285-07-51. 216 p. (2007).

De otro lado, la viabilidad jurídica, en el contexto de la filiación, es un concepto biológico con consecuencias jurídicas, que supone la posibilidad de reconocer la vida de un ser animado, luego de haber abandonado el útero materno.

Cuando un niño nace, varias legislaciones condicionan el otorgamiento de su personalidad, y por lo tanto su capacidad de derecho a que tenga aptitud para seguir viviendo. Así el Código Civil español dispone en su artículo 30 que solo se reputará al feto como nacido, para tener efectos civiles, si viviere 24 horas luego de ser desprendido de su madre. Los códigos italiano, alemán, brasileño, suizo, argentino, venezolano y peruano, entre otros, no requieren la viabilidad como condición de adjudicar la personalidad al recién nacido. En el antiguo Derecho Romano solo era necesario para ser persona tener forma humana, estar separado de la madre, y nacer con vida. No se exigía la viabilidad.

Por extensión también se habla de viabilidad de proyectos, cuando tienen la posibilidad de concretarse o llevarse a cabo. Un proyecto es inviable cuando está condenado al fracaso. Para conocer las posibilidades reales, económicas, técnicas y financieras de llevar a cabo un proyecto debe efectuarse un estudio de viabilidad. La viabilidad puede ser de hecho, si los factores materiales son adecuados al fin, y éste es posible; o puede ser de derecho, si no existe impedimento legal para desarrollar la idea<sup>9</sup>.

En el transcurrir de la investigación, y principalmente bajo el objetivo general y la pregunta de investigación, se ha implementado la palabra viabilidad jurídica, que para el caso concreto se plantea en tono a la actuación administrativa expedita para el reconocimiento expreso del menor por parte de los abuelos en ausencia del presunto padre, está relacionado con la posibilidad de crear una norma que pueda otorgarle el carácter de una especie tarifa legal a la prueba de ADN, y no solamente como una obligación de practicar ante los procesos de impugnación; y como complemento, o más bien como consecuencia de la misma, el reconocimiento expreso de la familia paterna, cuando el presunto padre está ausente y se desconoce su paradero, teniéndose como válido para la determinación de la paternidad un trámite meramente administrativo, y no tener que desgastar todo un aparato judicial en busca de encontrar la misma finalidad, el reconocimiento de los derechos del menor.

---

<sup>9</sup> Vigencia desde 25 de julio de 1889. Esta revisión vigente desde 23 de julio de 2011.  
[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/cc.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html)

Como se dijo anteriormente, para que exista viabilidad jurídica se debe observar las normas superiores y atenderse a los postulados y requisitos de la máxima norma, esto es, la Constitución Política de Colombia, donde el artículo 14 expresamente dice: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”* (Constitución Política, 1991) convirtiéndolo en un mandato asociado al principio de la dignidad humana y en consonancia con el Derecho al nombre (Artículo 15), desarrollo de la personalidad (Artículo 16) la familia como núcleo esencial de la sociedad y el derecho del menor a pertenecer a ella (Artículo 42 Inc. 6 y 7 hijos –progenitura) y tal vez el más importante: el interés superior del menor (Artículo 44) que se identifica por bloque de constitucionalidad con Tratados Internacionales<sup>10</sup> ratificados por Colombia como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para los niños y niñas, la calificación de sus derechos como prevalentes, se traduce en el interés superior de sus prerrogativas, imponiéndole al Estado, el deber de ofrecerles las condiciones propicias, necesarias y adecuadas para su sostenimiento y su formación como ser social, lo que sugiere eliminar todos los factores que puedan obstruir el cabal ejercicio de sus derechos. Desde ese enfoque, el derecho a tener un nombre e identidad, y concretamente a conocer su filiación hace necesario disponer de mecanismos idóneos y ágiles para determinar con inmediatez la maternidad y la paternidad, que a pesar de su evolución con la introducción de la tecnología forense, mediante la práctica de pruebas científicas, aún no se cuenta con la agilidad suficiente para solucionar la problemática que plantea el creciente número de hijos extramatrimoniales sin paternidad reconocida, debido a los procedimientos jurisdiccionales a los que son sometidos.

#### 4.2.2 La Filiación desde la Doctrina y la Jurisprudencia en Colombia

Uno de los principales exponentes del tema de la filiación es el Ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ex magistrado, académico y catedrático Marco Gerardo Monroy Cabra, con su obra *Derecho de Familia y De Menores*, publicado en el año 2001, donde señala que *“la filiación es el vínculo que une al hijo con su padre o madre, y que a raíz de allí, surge diferentes clases,*

---

<sup>10</sup> En relación a los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Colombia ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño el 28 de enero de 1991 y el Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía el 11 de noviembre del 2003. También ha ratificado el Convenio sobre la Prohibición de las peores formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación el 28 de enero del 2005. En lo que respecta a las convenciones relativas a los crímenes internacionales, el 12 de junio del 2000 ratificó la Convención Interamericana contra el Tráfico Internacional de menores; el 5 de agosto del 2002, el Estatuto de Roma y finalmente, el 4 de agosto del 2004 ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.



*como la legítima o matrimonial, la ilegítima o natural o extramatrimonial, y por último la filiación adoptiva<sup>11</sup> ( p.22).*

Ahora bien, existe gran diferencia en cada una de ellas, y a su vez traen consigo diferentes consecuencias, es así donde encontramos que la filiación legítima, es cuando los padres del hijo de que se trate se encuentran casados entre sí. De igual forma lo expone Jean Carbonnier, citado por Monroy Cabra cuando marca que es de suponerse que en esta filiación, los hijos hayan sido concebidos durante el matrimonio de sus padres, en vista de que el momento preciso para su determinación es el de la concepción, no obstante lo cual, el hijo nacido durante el matrimonio de sus padres se considera legítimo aunque haya sido concebido antes de la unión matrimonial. Por la anterior declaración, da como resultado las primeras diferencias frente a la filiación ilegítima o natural o extramatrimonial, puesto que ésta se presenta cuando entre el padre y la madre no existe vínculo matrimonial, pero que da la posibilidad de ser transformada en legítima o matrimonial por medio de la institución de la legitimación.

Algo llamativo surge al relacionar estas dos primeras clases de filiación, pues la ilegítima como se expuso, puede ser transformada mediante una institución de legitimidad, mientras que en la filiación legítima, en el caso de que el padre y la madre se hayan casado después de haber nacido el hijo, puede legitimarse cumpliendo ciertos requisitos, encontrando que en ocasiones se puede asimilar al hijo legítimo, es decir, los requisitos a cumplir, son i) nacimiento después de la conclusión del matrimonio y ii) concepción anterior o durante el matrimonio.

Siguiendo con el desglose de las clasificaciones, se encuentra además, que algunas legislaciones distinguen entre filiación natural simple, enunciada por Cabra, como cuando los padres aunque no estuviesen casados al tiempo de la concepción o el nacimiento, hubieren podido estarlo válidamente; por otro lado señala además la filiación adulterina, cuando uno de los progenitores está casado con una tercera persona al tiempo de la concepción; y por último, la filiación incestuosa, cuando media entre sus padres un impedimento matrimonial de consanguinidad o afinidad.

Por lo anterior, y gracias al ordenamiento actual en Colombia, la legislación no permite estas diferencias, pues afecta gravemente la dignidad de la persona humana, y además provocaría diferencias ante la ley, en su tratamiento como

---

<sup>11</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y Menores. Bogotá D.C. (2001). Editorial Librería Jurídicas Wilches. ISBN:9586354075. 688 p.

personas jurídicas, es tanto la evolución legislativa y jurisprudencial, que hoy por hoy no existe ningún trato discriminatorio entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, pues la Constitución Política de 1991, antepone la familia como un producto social y el núcleo fundamental de la sociedad, ya sea a través de los vínculos matrimoniales o la figura de la unión marital de hecho, pero el Estado debe propiciar un trato integral al núcleo familiar.

Como tercera y última clasificación de la Filiación, pero no menos importante encontramos la adoptiva, la cual responde a una creación artificial dando como resultado la adopción, y tras un largo y complejo de diferentes requisitos, se puede llegar a ella. Existe a su vez dos tipos de adopción, la plena y la simple, la primera establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste, mientras que la segunda solo establece parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste, así, lo establece el Código Civil en su artículo 279.

La legitimación permite tener diferentes especies, como lo es la legitimidad y la legitimación, pues la filiación legítima puede ser considerada como tal, y legitimada. Legítima requiere matrimonio de los padres, pero legitimada requiere no solo el matrimonio de los padres, sino además, que la concepción se haya verificado durante el matrimonio.

Existen elementos de la legitimidad, así lo destaca Ramón Meza Barros (Meza Barros, 1975), cuando argumenta que: *“... quien pretenda la calidad de hijo legítimo afirma que una mujer ha dado a luz un hijo y que él es ese hijo; que esa mujer es casada; que lo concibió durante el matrimonio y, finalmente, que el marido de ella es su padre...”* en vista de esto, observamos que los elementos son: i) maternidad, ii) matrimonio, iii) concepción dentro del matrimonio, iii) paternidad<sup>12</sup>. (p.462)

Se vislumbra, por lo dicho, que los elementos de la legitimidad buscan enfrentar las presunciones consignadas en el artículo 92 del Código Civil, pero que debido a la declaratoria de inconstitucionalidad de la *presunción de derecho* contenida en el mismo, relacionado con la época de la concepción, y en busca de un perfeccionamiento legal y lógico, ha ido evolucionando a una *presunción legal*, fundamento válido para la presente investigación en virtud de que las presunciones que la ley establece facilita la filiación de los individuos, pero en el

---

<sup>12</sup> MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de Familia. Santiago - Chile: Editorial Jurídica Chile (1975).Tomo II. p.462

sentido negativo y bajo ninguna modalidad pueden constituirse en una barrera o distracción para la demostración de la verdadera filiación, cuando a sabiendas que es diversa y que requiere de la prueba biológica, ésta debe estar precedida de todo un proceso judicial.

En materia de Filiación Natural se debe acudir ante la jurisdicción de familia cuando *el padre se halla ausente* y/o su paradero desconocido, en donde los presuntos abuelos paternos y en general el grupo familiar dicen reconocer por voluntad propia que el menor si es hijo de la persona ausente; pues no bastando con esto, se tendrá que promover un proceso de Filiación Natural, donde la prueba de ADN es necesaria para dilucidar el proceso, tal y como lo ha dispuesto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando señala a través de la Sentencia T-488 de 1999. En ella se establece incluso que si faltare la prueba antropoheredobiologica decretada en un proceso de filiación, se constituye una vía de hecho, es decir, obliga su ejecución, de allí que parte del contenido de la misma se dedica a esclarecer la viabilidad de la acción de tutela y las consideraciones para su procedencia, pero en resumen hace impajaritable la prueba de ADN para establecer la filiación, argumentando además, que aún, cuando esta prueba sea decretada de oficio, no es discrecional del Juez proceder a su práctica, sino que está obligado a ello por la importancia que le imprime al desarrollo del proceso.

Es tanto así que el artículo 37 numerales 1 y 4 del Código Procedimiento Civil, no solo establece para el Juez el deber de practicar la prueba a petición de parte, si no que de manera oficiosa le incumbe hacerlo, ya que simboliza un interés público en establecer y garantizar el derecho que le asiste a toda persona a saber quién es su padre o madre.

Por los anteriores motivos se debe puntualizar, que en lo que más difieren los académicos es en las presunciones de la concepción que dan lugar a la filiación, ya que por un lado encontramos autores como Carlos Martín Restrepo Fernández, quien expone en su obra *Las Pruebas de Filiación- Apuntes de Genética para los Abogados*<sup>13</sup>, que las presunciones en la investigación de la filiación se vienen debatiendo desde la edad media y hasta los principios del siglo XX, donde comenzaron hacer corroboradas por análisis de tipo biológico, dando como resultado el medio más eficaz y certero. Por tanto los análisis de este tipo, es decir los biológicos, se tornan en pruebas directas, según este autor.

---

<sup>13</sup> RESTREPO FERNÁNDEZ, Carlos Martín. *Las Pruebas de Filiación- Apuntes de Genética para los Abogados*. (2007). Bogotá D.C: Editorial Universidad el Rosario. ISBN 978-958-8298-58-8

Respecto del derecho al establecimiento de la filiación real como derecho innominado que resulta del derecho a la personalidad jurídica, del libre desarrollo de la personalidad, al acceso a la justicia y la dignidad humana<sup>14</sup>, se trae a colación la sentencia C-109 de marzo 15 de 1995 (fundadora), donde la Corte Constitucional produjo una importante doctrina constitucional sobre el derecho a establecer una persona su *filiación real*, que da o amplió, la averiguación de la filiación y de la paternidad. Con ella, obviamente, se abre el camino para postular como *principio imperante* en la materia la *realidad*, en contra o por encima del de la apariencia y aún el de la seguridad jurídica. Implicará por tanto una necesaria revisión de asuntos procesales que, eventualmente y con apoyo en una interpretación doctrinal, podrían impedir en muchos casos la determinación de la filiación.

Según la Corte Constitucional en relatoría de la Sentencia referida expresa:

La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (C.P. art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica.

Así, en el informe ponencia para primer debate en plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, el constituyente DIEGO URIBE VARGAS, se refiere a la personalidad jurídica como ese "reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente".

"Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones".

"Ahora bien, para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. Así, en reciente decisión, esta Corporación tuteló el derecho de una persona a su filiación, por considerar que ésta se encuentra vinculada al estado civil, y por ende constituye un atributo de la personalidad. Dijo entonces la Corte: "El artículo 14 de la Constitución establece que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Con ello, el ordenamiento reconoce en la persona humana,

---

<sup>14</sup> PARRA BENITEZ, Jorge Alberto. La Filiación en Derecho de Familia. Bogotá D.C (2008). Editorial: Leyer S.A. ISBN: 958-711-428-0 v. 1 200 p.

por el solo hecho de existir, ciertos atributos jurídicos que se estiman inseparables de ella.

Uno de tales atributos es, precisamente, el estado civil de la persona pues de todo ser humano puede decirse si es mayor o menor de edad, soltero o casado, hijo legítimo o extramatrimonial, etc. (...).

En el caso objeto de estudio se viola el derecho de la demandante al reconocimiento de su estado civil y, en consecuencia, al de su personalidad jurídica, en la medida en que no se le otorga validez alguna al acta de registro civil en la que su padre la reconoció como hija extramatrimonial. Lo anterior, por cuanto, una de las calidades civiles de toda persona es su filiación, es decir, la que indica su relación con la familia que integra o de la cual hace parte, pudiéndose predicar de ella que es hija legítima o extramatrimonial, legitimada o adoptiva, casada o soltera, viuda, separada, divorciada, etc. (subrayas no originales)" (M.P Alejandro Martínez Caballero).

De estos planteamientos dedujo el alto Tribunal constitucional que el derecho a la filiación es un elemento integrante del estado civil de las personas, un atributo de la personalidad, pero además un derecho constitucional, derivado del derecho el ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Conforme a esta doctrina constitucional, las personas naturales gozan del derecho al establecimiento de la filiación real, derecho que tiene las siguientes características:

- Es un derecho innominado
- Su fuente es el derecho a la personalidad jurídica.
- Tiene íntima conexión con valores constitucionales como el acceso a la justicia y la dignidad humana.
- Tiene como antecedente de derecho positivo el artículo 406 del Código Civil, que según la Corte se elevó en jerarquía normativa, fue "constitucionalizado".
- Este derecho se vincula directamente al estado civil.

De este derecho nacen dos categorías de acciones y pretensiones, que lo son del estado civil (junto con otras que se omiten):

- Acciones De Reclamación
  - ✓ Consagración general (art. 406 Código Civil)

- ✓ Positivas, pues buscan establecer el estado civil
  - ✓ Extrapatrimoniales, aunque producen efectos económicos derivados del estado civil
  - ✓ Propias o exclusivas de su titular
  - ✓ *Imprescriptibles*
  - ✓ No admiten clasificación
- Acciones De Impugnación
- ✓ Consagración individual o casuística
  - ✓ Negativas, en cuanto se dirigen a desvirtuar un estado civil que se ostenta
  - ✓ Extrapatrimoniales
  - ✓ Propias o exclusivas de su titular
  - ✓ *Prescriptibles*
  - ✓ Admiten clasificación (en pretensiones de desconocimiento simple y desconocimiento riguroso)<sup>15</sup>

#### 4.2.3 El Reconocimiento

El reconocimiento consiste en un acto jurídico mediante el cual se establece la filiación extramatrimonial del hijo. Se trata, por lo mismo, de un acto de voluntad del padre, que surge de su iniciativa. Pero a veces es provocado, cuando por solicitud de parte interesada se cita al presunto padre para que conteste un interrogatorio judicial<sup>16</sup>.

Como es evidente, el reconocimiento se concreta en una manifestación de voluntad de quien reconoce. Y ello basta para calificarlo de acto jurídico, naturaleza que en general sostiene la doctrina en Colombia, contra otras tesis que

---

<sup>15</sup> Ibid. p.37

<sup>16</sup> Ibid. p. 38

han considerado que es una confesión, o un acto de poder familiar, o un acto declarativo o uno simplemente lícito. De otro lado, el entendimiento del reconocimiento como acto jurídico y no de otro modo, suministra claridad a interrogantes como el de la posibilidad de encargarlo a otro por parte de quien expresa la voluntad.

4.2.3.1 Características del reconocimiento del hijo extramatrimonial. Varias son las características que rodean el reconocimiento del hijo extramatrimonial, algunas de ellas asignadas directamente por la ley, como aparece en el artículo 1 de la Ley 75 de 1968.

De acuerdo con la doctrina más acogida, el reconocimiento se caracteriza por ser personal, voluntario, unilateral, declarativo, expreso, solemne, puro y simple, irrevocable y oponible erga omnes.

Es personal, porque sólo puede emanar del padre. Pero esto no significa que su expresión material no se pueda delegar, como en el caso del testamento, que es acto indelegable. Por tanto, el reconocimiento puede efectuarse por apoderado, que desde luego se entiende especial y que debe acreditar su calidad al momento de practicarse el acto respectivo. Esta nota, no es aceptada unánimemente por la doctrina; Por ejemplo, Gómez Piedrahita, citado por Parra Benítez sostiene que:

Sería, a nuestro juicio, inválido el (reconocimiento) realizado mediante apoderado. Si, por ejemplo, se faculta mediante poder a alguien para que en diligencia se reconozca a una persona como su hijo, el reconocimiento propiamente no lo constituye la diligencia misma sino el poder otorgado por el reconocedor. Así no se lleve a cabo la diligencia en que iba a operar el poder, este documento auténtico constituye prueba de reconocimiento<sup>17</sup>. (p.146)

La posición del autor citado, no obstante, no se explica suficientemente. ¿De dónde proviene la invalidez? Es verdad, que determinados asuntos, por naturaleza, no pueden ser ejecutados mediante la actuación de terceros. Pero cuando la limitación no es notoria, *ha de ser la ley la que imponga expresamente la prohibición de confiar la realización del acto a un apoderado*, lo que no acontece en este caso.

---

<sup>17</sup> Ibid.

De otro lado, la afirmación de que el reconocimiento lo instituye el poder conferido, será cierto únicamente en el caso de que conste por escritura pública. Más si de ese modo no es plasmado, el solo poder no representará el reconocimiento.

Tal parece que quienes afirman la indelegabilidad lo hacen a la luz de la connotación de confesión que tiene el reconocimiento. Se dice, entonces, que nadie podría confesar por otro lo que tampoco es exacto, porque el apoderado, específicamente facultado, podría hacerlo.

En segundo lugar, el reconocimiento es voluntario, luego no es un acto de adhesión ni obligatorio. Para la Corte, se trata de un acto facultativo o libre, cualidad que el artículo 55 de la Ley 153 de 1887 pone de relieve: *El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce.* (Publicado en los Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152, del 28 de agosto de 1887)

Unilateral, quiere decir que el reconocimiento se perfecciona con la mera manifestación de voluntad del padre que reconoce. Contrario a lo que algunos comentaristas consideran, la aceptación que debe mediar por parte del hijo, no implica bilateralidad y se refiere a algo diferente y posterior al reconocimiento, que son sus efectos, los cuales no pueden ser exigidos contra la voluntad del reconocido si implican obligaciones de éste. Pese a ser ello simple, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 17 de febrero de 1947, calificó el acto como bilateral, *"porque, a pesar de ser facultativo, debe ser notificado al hijo y aceptado por éste..."*<sup>18</sup>.

La característica de ser irrevocable, que expresamente señala el artículo 1° de la Ley 75 de 1968, significa que una vez realizado el reconocimiento, *no puede el padre extramatrimonial dejarlo sin efecto a su voluntad, discrecionalmente, ni siquiera con el consentimiento del hijo*<sup>19</sup>.

Revocabilidad, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, es tanto como retractación, o arrepentimiento. Así lo puntualizó, entre otros, en fallo de 1 de octubre de 2004, M P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

---

<sup>18</sup> Ibid. p.147

<sup>19</sup> Ibid. p.148



Pero la irrevocabilidad no impide que se impugne el acto de reconocimiento, o que se ataque por simulación o nulidad, como acto jurídico que es. Estas últimas posibilidades son teóricas, porque no han sido todavía aprobadas jurisprudencialmente como instrumentos autónomos para destruir el reconocimiento y, por tanto, deben ser propuestas en pretensión de impugnación.

Por último, el reconocimiento es oponible erga omnes, puesto que es fuente de un estado civil y se puede hacer valer frente a terceros.

#### 4.2.4 El Reconocimiento Expreso

El reconocimiento es expreso o, si se quiere, explícito, manifestado, como se conoce hasta el momento y catalogado como una característica más de las que se citaron, pero se relaciona aparte en virtud del tema concreto de esta investigación, como un principio de viabilidad, ya que no se opone al llamado reconocimiento presunto o ficto, y es regulado por el artículo 1 parte final de la Ley 75 de 1968:

(...)

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del artículo 18 de la presente ley. (Filiación, 1968) [Publicado en el Diario Oficial No. 32.682 de 31 de diciembre de 1968]

Se destaca allí que también es solemne, por cuanto se *deben cumplir formalidades legales para producir efectos jurídicos*. Tales solemnidades son de su esencia y se confunden con el acto (razón de la presente investigación). Como el reconocimiento afecta el estado civil de una persona, no puede estar sujeto a plazo o a condición u otras modalidades, y por eso es puro y simple.

Con todo, en el caso del reconocimiento del que está por nacer, ha de esperarse a que el nacimiento constituya existencia legal. Si la criatura reconocida no llega a tener tal existencia, el reconocimiento será ineficaz.

#### 4.2.5 Notificación y Aceptación del Reconocimiento

El artículo 4 de la Ley 75 de 1968 dispone que *"El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1° del Código Civil, para la legitimación"*.

Los efectos jurídicos de un acto jurídico, como bien se sabe, consisten en derechos y obligaciones. A la luz de la norma copiada, el reconocimiento, una vez realizado, se constituye en fuente de obligaciones para quien reconoce; por tanto, el acto jurídico es perfecto desde el momento en que la voluntad manifestada se recoge por el medio solemne señalado por la ley, para convertir a su autor en obligado (por ejemplo a suministrar alimentos).

Pero de allí no se sigue que la persona que reconoce pueda exigir obligaciones al reconocido. Para que esas obligaciones sean reclamadas por el primero al segundo, es necesario que éste sea notificado del reconocimiento y que lo haya aceptado.

Entonces, para que el reconocimiento llegue a producir todas sus consecuencias, se debe notificar al hijo o a su representante legal, con sujeción a las disposiciones que el Código Civil establece para el caso de la legitimación por instrumento público, según las cuales la notificación tiene como fin dar oportunidad para que el reconocido o su representante acepten o repudien el reconocimiento<sup>20</sup>.

#### 4.2.6 Medios para efectuar el reconocimiento

Como ya se expuso, el reconocimiento es un acto jurídico solemne, que se perfecciona con el cumplimiento de una forma dispuesta taxativamente por la ley. Esos medios por los cuales se puede efectuar, contemplados por la Ley 75 de 1968 y complementados por las Leyes 497 de 1999 y 1098 de 2006, son los siguientes: en el acta de nacimiento; en escritura pública; por testamento; o por manifestación directa ante juez o funcionario legalmente autorizado.

---

<sup>20</sup> Ibid.

#### 4.2.7 Reconocimiento en el acta de nacimiento

Según el artículo 1° de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento de hijos extra matrimoniales puede hacerse: *1. En el acta de nacimiento firmándola quien reconoce.* El registro del estado civil está reglamentado en Colombia por el Decreto 1260 de 1970, cuyo artículo 45 establece quiénes están en el deber de denunciar el nacimiento de una persona, a saber: El padre, la madre, los demás ascendientes, los parientes mayores más próximos, el director o administrador del establecimiento público o privado en que haya ocurrido, la persona que haya recogido el recién nacido abandonado, el director o administrador del establecimiento que se haya hecho cargo del recién nacido expósito, el propio interesado mayor de dieciocho.

De otro lado el numeral 19 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, atribuye al Defensor de Familia *"Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia"*<sup>21</sup>.

Cuando la denuncia del nacimiento la efectúa un tercero, es decir, una persona diferente al padre, el acta no hace prueba de la paternidad, porque no la firma la persona que debe hacer el reconocimiento. Por eso la Ley 75 de 1968 asignó al funcionario encargado del registro civil la tarea de indagar por el *"nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribir como tales a los que el declarante indique con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad"*<sup>22</sup>.

De acuerdo con la norma de la Ley 75, el padre que reconoce debe firmar el acta de nacimiento. Si no lo hace en la casilla destinada al reconocimiento sino en otro lugar, como denunciante o como testigo, el reconocimiento queda de todos modos efectuado. Ello se justifica por tratarse de un acto sustancial y debe entenderse que si el progenitor acudió a denunciar el nacimiento de su hijo en forma libre, sin coacción, espontáneamente, con ello acepta su calidad, a manera de confesión.

---

<sup>21</sup> Ibid. p.154

<sup>22</sup> Ibid.

Cuando el hijo extramatrimonial no está inscrito y el padre lo reconoce, se asienta por primera vez su registro. Pero con frecuencia sucede que habiéndose registrado el nacimiento del hijo sin estar reconocido, acude el padre a reconocerlo, a la misma oficina en que reposa tal registro, o en otra. Una primera interpretación, basada en que el artículo 1 de la Ley 75 no lo excluye, lleva a la aceptación de que el reconociente firme entonces el acta o folio. No obstante, la comprensión del problema, bien entendido el texto de la norma, permite asegurar que la firma del que habla debe incorporarse es en el momento del registro y no en uno posterior. En consecuencia, si se inscribió el nacimiento sin que previa o simultáneamente se diera el reconocimiento, deberá éste perfeccionarse por un medio distinto al del acta. Y procederse a la apertura de nuevo folio, como aparece del artículo 60 del Decreto 1260 de 1970 y lo confirma la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 19 de diciembre de 2005 ya citada).

Lo expresado últimamente representa un supuesto diverso al del registro provisional o acta complementaria de que tratan los artículos 54 y 59 del Decreto 1260 de 1970. Si el padre comparece ante el funcionario para declarar si efectivamente es el padre, podrá suscribir el acta de nacimiento. De allí que en alguna oportunidad se presentó a consideración del Congreso de la República en el proyecto de Ley 42 de 2003 de Senado, con la iniciativa de crear la investigación de la filiación extramatrimonial por actuación administrativa, con el consiguiente procedimiento.

#### 4.2.8 Reconocimiento por escritura pública

De acuerdo con el ordinal 2 del artículo 1 de la Ley 75 de 1968 el reconocimiento del hijo extramatrimonial puede efectuarse por medio de escritura pública, que es un documento público, otorgado por un notario en ejercicio de su cargo e incorporado al respectivo protocolo (Código de Procedimiento Civil, artículo 251, inciso 3°). La escritura también se puede definir como el instrumento que contiene declaraciones, en actos jurídicos, emitidas ante el notario con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo (Decreto 960 de 1970, artículo 13).

Una escritura puede tener o no tener como propósito único el reconocimiento del hijo. Es decir, su objeto puede ser únicamente el reconocimiento, o éste y otro acto, o recaer directamente en un determinado negocio e indirectamente en el reconocimiento. *"Lo único que importa es que el deseo o intención de reconocer al hijo, aparezca en forma cierta del contenido del instrumento"*, dijo la Corte Suprema de Justicia en fallo de 4 de mayo de 1953.

Lo que viene de apuntarse se refleja en las fórmulas de redacción de la escritura, no siendo indispensable usar expresiones determinadas, puesto que "*No se exige para el reconocimiento la expresión hijo natural, pues no hay fórmula sacramental o de empleo obligatorio para tal efecto, y el reconocimiento no puede referirse sino a los hijos naturales y no a otra especie de filiación*" (fallo de 4 de mayo de 1953, publicado en la Gaceta Judicial, Volumen XXI, página 44).

Importa clarificar si la escritura pública es una solemnidad sustancial al reconocimiento, o si éste es un acto que tiene autonomía frente a la forma. Puesto que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial contenido en una escritura pública que adolezca de una nulidad formal, puede verse afectado.

#### 4.2.9 Reconocimiento Ficto

Está previsto en el mismo artículo 1 de la Ley 75 de 1968, que el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal o el defensor de familia o el Ministerio Público, pueden pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previo trámite incidental, declaración que será impugnabile conforme al artículo 5° de la misma ley<sup>23</sup>.

Puede entonces suceder que se cite al presunto padre ante el juez, para que manifieste si es el padre, y que el citado no comparezca. Dándose los elementos de la norma -doble citación y trámite incidental-, se configurará un reconocimiento ficto, tácito o presunto, denominado de esta forma porque el padre no hace una manifestación expresa de reconocimiento y, sin embargo, se tiene que éste existe.

No es una actuación procesal, pero sí judicial. Debe partir de una solicitud al juez de familia, quien hallándola en orden, procede a fijar fecha para que concurra el presunto padre, a responder un interrogatorio tendiente a establecer si cree ser el padre. Ha de notificársele personalmente. Si concurre se le toma juramento y se le indaga si considera ser el padre de quien le cita. Si lo acepta, habrá reconocimiento voluntario, provocado; si lo niega, se dará vía libre a investigación de paternidad. Pero si no acude a la citación, se repite ésta, con indicación del objeto de la diligencia. Si a la segunda oportunidad no asiste, debe el juez dar

---

<sup>23</sup> Ibid. p.160

curso a los trámites de un incidente, para declarar en forma presuntiva la paternidad, mediante providencia que tiene el carácter de una sentencia, sin serlo y cuya notificación parece aconsejable que sea personal.

La circunstancia de que el texto legal que regula el reconocimiento tácito o ficto sea el inciso siguiente del ordinal 4 del artículo 1 de la Ley 75, referido al reconocimiento por manifestación ante un juez, que puede ser cualquier juez, haría pensar que la citación al presunto padre podría adelantarse ante cualquier juez. Pero es lo cierto que si el reconocimiento es espontáneo (número 4, inciso 1) y no provocado o ficto (número 4 inciso 2), puede suceder ante cualquier juez, mientras que el otro ha de ser ante y por el juez de familia. Es lo que se ordena en el artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, asuntos de única instancia, letra g<sup>24</sup>.

Como antecedentes de esta forma de reconocimiento deben citarse los artículos 68 y 69 de la Ley 153 de 1887, cuyos textos son:

Artículo 68. Por parte del hijo ilegítimo habrá derecho a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella.

Artículo 69. Si el demandado no compareciere, pudiendo, y se hubiere pedido una vez la citación, expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad.

#### 4.2.10 ¿Quién puede reconocer?

Como se puso de presente, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial consiste en una manifestación de voluntad de quien cree ser su padre (o madre), expresada en una de las formas fijadas por el ordenamiento para su perfeccionamiento. Esa declaración consiste en admitir la calidad de padre y produce efectos jurídicos, por lo que no se puede dudar en afirmar que se trata de un verdadero acto jurídico, que como todos, debe reunir unos elementos de fondo para existir y ser válido, uno de ellos la capacidad para efectuarlo.

Las diversas legislaciones se ocupan de la capacidad para reconocer un hijo, de modo variado como se analizará en el transcurso de la presente investigación.

Para el caso de la ley colombiana, ha de observarse que no cuenta con una norma especial al respecto, hecho que permite concluir que se deben aplicar las reglas

---

<sup>24</sup> Ibid. p.161

generales sobre la capacidad. No obstante, no es ésta una posición que goce de acogida entre los intérpretes nacionales. Tampoco la doctrina extranjera la apoya.

Careciéndose de una disposición particular que regule la capacidad para el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, se dirá, a la luz de las normas generales, que dicho acto puede efectuarlo válidamente la persona capaz, mayor de edad. El incapaz absoluto o relativo no podrá, entonces, reconocer válidamente a un hijo: en el primer caso, el reconocimiento estará afectado de nulidad absoluta, y de nulidad relativa en el segundo. Es lo que pasaría en el supuesto del reconocimiento concluido por un menor adulto.

Mas en la doctrina, se logran identificar al menos tres tendencias diferentes sobre la cuestión: i) una que en forma absoluta autoriza la realización del reconocimiento por el menor adulto; ii) una intermedia, que hace depender la posibilidad del reconocimiento de ciertos supuestos; y iii) una más de naturaleza radical o estricta que sostiene la nulidad relativa del acto si no hay norma que expresamente lo permita. La cual es jurídicamente exacta, pero impopular. Lo cierto es que hasta ahora ningún doctrinante se ha referido expresamente a la capacidad y validez del reconocimiento expreso de los abuelos paternos en ausencia del presunto padre.

#### 4.3 MARCO LEGAL

Es menester de la presente investigación, en virtud de su carácter jurídico, hacer un recorrido normativo que inicie en los convenios y tratados internacionales, gracias a la supra constitucionalidad adoptada a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93, Constitución Política de 1991), para ir aterrizando el tema a la posibilidad de mejorar los procedimientos existentes, reseñados a continuación, como una forma de evidenciar la carga legal que posee la figura de filiación.

##### 4.3.1 Convenios Internacionales

El Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional firmados en Montevideo ratificado por Colombia según ley 33 de 1992, establece que:

ARTÍCULO 16. La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.

ARTÍCULO 17. Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

ARTÍCULO 18. Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos: (Diario Oficial No. 40.705, de 31 de diciembre de 1992)

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 2o. proclama que no se admiten excepciones, distinciones o discriminaciones en el reconocimiento y aplicación de los derechos proclamados en ella, por motivos de nacimiento o de cualquier otra condición. De otra parte, en su artículo 25 señala en su parte final que: *Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.* (Derechos Humanos, 1948)

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968. Artículos 2, 24 y 26, inicia su artículo 2º. con la misma consideración de la declaración universal de los derechos humanos en el sentido de que los Estados Partes del Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna por nacimiento o por cualquier otra condición social.

Así mismo, el pacto señala que se deberán tomar todas las medidas que sean necesarias con el fin de garantizar la protección y asistencia en favor de todos los niños o niñas, y los adolescentes y las adolescentes, sin distinción alguna por razón de filiación o de cualquier otra condición. (Artículo 10.3) y que todo niño o niña tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de su nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (Artículo 24)

El Artículo 26 todas las personas tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Para ello, la ley prohíbe toda discriminación por motivos de nacimiento o de cualquier otra condición social.

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y acogida por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. En primer término la convención desarrolla el derecho fundamental de la IGUALDAD al señalar que el convenio se aplica a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus



representantes legales. Lo que implica que todos los niños sin importar si son hijos o hijas legítimas, extramatrimoniales, adoptivas o que provengan de filiación asistida, tienen los mismos derechos.

La Convención reconoce los derechos y deberes que surgen de la relación paterno filial; así en el artículo 3 los Estados Partes se comprometen a proteger al niño o niña sin perder de vista los derechos y deberes de los padres responsables de ese menor y en el artículo 5 se comprometen a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres del niño o niña.

El Derecho a la Identidad en la Convención se establece que todo niño o niña adquiere desde que nace el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Es así que por este tratado a todos los niños o niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a esclarecer su verdadera filiación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Ratificado por Colombia el 29 de Octubre de 1969, en su artículo segundo establece que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna, entre otros, por motivos de su nacimiento.

Por otro lado, en el artículo 10 numeral tercero, el Pacto preceptúa: *Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. (...)*<sup>25</sup>.

Como se observa, en este tratado se protegen a los menores de edad contra todo tipo de discriminación por su nacimiento y su filiación.

---

<sup>25</sup> OACDH. (16 de Diciembre de 1966). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Recuperado el 10 de Noviembre de 2010, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

#### 4.3.2 Referente Constitucional

La constitución política de Colombia de 1991 *ampara a la familia como institución básica de la sociedad* (Artículo 5 C.N.). Su artículo 13 nos dice que *todas las personas nacen libres e iguales ante la ley*. (Constitución Política, 1991)

El artículo 14, por su parte consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en este artículo se le reconocen a los individuos por el solo hecho de nacer ciertos atributos intrínsecos e inseparables a la condición humana.

El artículo 42 señala: *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.*

El ordenamiento Colombiano eleva a rango constitucional la igualdad de derechos y obligaciones de todos los hijos e hijas sin importar el vínculo que une a los gestantes. Y además abre la posibilidad de la filiación que se podría dar por la utilización de métodos de fecundación científico. Así es que el juez ante el surgimiento de conflictos debe acudir a la prueba de ADN para dirimir dichos inconvenientes.

En el artículo 44 consagra entre los derechos fundamentales de los niños o niñas el poderse diferenciar de los demás a través de un nombre constituyendo así la individualidad de la persona

#### 4.3.3 Evolución Legislativa

La filiación ha tenido un amplio y variado desarrollo dentro de la normatividad nacional y es por esto que solo se hará mención de las leyes vigentes.

4.3.3.1 Código Civil adoptado por la Ley 57 de 1887. El artículo 318, estipulaba que los hijos o hijas concebidos fuera del matrimonio eran naturales y podían ser reconocidos por sus padres, lo que se aclara en el artículo 52 Derogado. L. 45/36, art. 30. Subrogado. L. 45/36, artículo 1:

El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento.

NOTA: A partir de la Ley 29 de 1982, los hijos nacidos por fuera del matrimonio se denominan “extramatrimoniales” y no “hijos naturales”. La filiación legítima: Mantiene la misma definición del código de 1873 pero señala adicionalmente que todos los demás hijos o hijas son ilegítimos<sup>26</sup>. (Legis, 2007)

La filiación ilegítima, agrega que los hijos o hijas naturales pueden ser reconocidos por el padre adicionalmente con la firma del acta de nacimiento (antes testamento y escrituras públicas). Esta ley da la posibilidad de iniciar la investigación de la paternidad solo con el fin de exigir alimentos. Establece que no se reputará hijo o hija del marido al concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos, le reconoció como suyo, o que durante el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges (Art. 20). Disposición aún vigente.

4.3.3.2 La Ley 153 de 1887. Adiciona y modifica el Código Civil. En la primera parte las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, de estos aún se encuentra vigente el artículo 2 que dice: *Los hijos declarados legítimos bajo el imperio de una ley, no perderán su carácter por virtud de ley posterior*. Y en los artículos 55 y 57, el primero se refiere al reconocimiento como un acto libre y voluntario, y el segundo trata sobre la impugnación del reconocimiento.

De los hijos o hijas ilegítimos no reconocidos solemnemente, el hijo o hija ilegítimo no reconocido voluntariamente, no podía solicitar el reconocimiento, sino con el solo objeto de exigir alimentos necesarios. De estas normas siguen vigentes los artículos 68 que le reconoce el derecho al hijo a citar al supuesto padre para que declare bajo juramento ante el juez si cree serlo; el artículo 69 establece que si se hubiere citado al padre dos veces y no comparece, se mirará como reconocida la paternidad.

4.3.3.3 Ley 45 de 1936. Esta ley, exclusiva para la filiación, es importante porque termina con la clasificación anterior y deja solo la de hijos o hijas naturales y legítimos. Confiere al reconocimiento el carácter de irrevocable. Mejora la participación de los hijos o hijas naturales en la sucesión intestada, otorgándoles la mitad de lo que heredan los hijos o hijas legítimos y les concede alimentos congruos. La patria potestad, bajo esta ley ya se da para el hijo o hija natural, pues antes era un derecho que la ley daba al padre legítimo sobre sus hijos o hijas.

---

<sup>26</sup> Leyes Colombia. (2007). Código Civil. Bogotá: Legis S.A.

Se establece que por regla general la patria potestad del hijo o hija natural corresponde a la madre. Pero el Juez o Jueza la puede conceder al padre si este no está casado. No puede otorgarse la patria potestad al padre o a la madre declarados como tales en juicio contencioso. Introduce las presunciones de la paternidad y la prohibición de reconocer al hijo o hija de mujer casada.

Un avance importante es brindar al hijo o hija la posibilidad de investigar la paternidad judicialmente; antes el hijo o hija solo podía obtener la paternidad por medio del reconocimiento. Algunos de sus artículos modificaron el Código Civil y están vigentes como: los artículos 1 (Art. 52 C.C.) sobre hijo o hija extramatrimonial, el 23 (Art. 1242 C. C) y el 24 (Art. 1253 C. C.) relativos a la sucesión; otros pocos están vigentes y hacen parte de la legislación obligada en materia de filiación, como los artículos 5, 6, 9, 10, 11, 12, 26 y 29.

4.3.3.4 Ley 75 de 1968. Reglamenta lo referente a la filiación y crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Está vigente en su gran mayoría con algunas modificaciones. Esta Ley es la base para el derecho de filiación, actualmente tratan lo referente al reconocimiento del hijo o hija natural (hoy extramatrimonial), la forma de hacerlo, el reconocimiento del *nasciturus*, los efectos y la impugnación del reconocimiento.

Establece las presunciones de paternidad natural, presunciones muy importantes que fueron la base de las demandadas de reclamación de la filiación, estableciendo la investigación oficiosa por parte del Defensor de Menores (hoy de familia) que tenga conocimiento de la existencia de un niño o niña de padre o madre desconocidos.

Señala el contenido y los efectos de la sentencia de filiación, situación bien importante porque incluye a los hijos o hijas naturales, hoy extramatrimoniales, y a sus descendientes y a los ascendientes naturales como sujetos pasivos a los cuales se deben alimentos.

4.3.3.5 Ley 29 de 1982. Es otra de las leyes hito, pues otorga igualdad a los hijos o hijas legítimos, a los extramatrimoniales y adoptivos en relación con todos los derechos, especialmente los sucesorales. Incluye la clasificación de los hijos o hijas en legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

4.3.3.6 Decreto 2737 de 1989. El artículo 5º del Código del Menor establece que todo menor tiene derecho a que se defina su filiación. Igualmente, este código regula todo lo referente a la adopción al derogar toda la legislación anterior sobre la materia; en este punto lo más importante es que acabó con la adopción simple. Igualmente el código entra a regular los alimentos.

4.3.3.7 Decreto 2272 de 1989. Organiza la Jurisdicción de Familia. En su artículo 10º modifica el numeral 4º del artículo 1º. Ley 75 de 1968 y establece el reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial ante el Juez o Jueza. Está vigente.

4.3.3.8 Ley 721 de 2001. Modifica los artículos 7, 11, 14 de la Ley 75 de 1968. Regula todo lo concerniente a la prueba de paternidad, incluyendo la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos como la prueba reina en los procesos de filiación, y establece que sólo cuando es absolutamente imposible disponer de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para dictar sentencia. Afianza la importancia de que todo niño o niña goza el derecho a tener una filiación. Esta ley se encuentra vigente y será tratada en la unidad tres del presente módulo.

4.3.3.9 Decreto 1562 de 2002. Reglamentó el funcionamiento de la Comisión de Acreditación y Vigilancia de los Laboratorios que practican las pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN. La ley se encuentra vigente.

4.3.3.10 Ley 1060 de 2006. Con ella se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad. Dentro de sus principales características generales están:

- Coloca en pie de igualdad a la familia conformada por un matrimonio y a la conformada por la unión marital.
- Admite la filiación como un derecho fundamental, recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, y establece que siempre existe la posibilidad de establecer la filiación, concretamente la del hijo o hija de mujer casada.
- Es una ley de carácter contemporáneo, al incluir la visión moderna de la prueba científica como prueba reina en los procesos de filiación.

A pesar de ser una ley de avanzada, pasó por alto algunos temas de la filiación muy importantes, como la donación de embriones o la fecundación in vitro, entre otros.

Representa un avance en el cambio del sistema clásico que diferenciaba entre la filiación legítima y la extramatrimonial; trata de igualarlas en el caso de uniones maritales de hecho, sin técnica jurídica real, pues dentro del título de los hijos o hijas legítimos concebidos en el matrimonio, incluye a los que provienen de una unión marital. Sin embargo la filiación propiamente dicha no se ha igualado.

Con la reforma se pueden establecer que se mantiene la clasificación de la filiación en legítima y extramatrimonial pero se da un alcance diferente a la filiación proveniente de una unión marital que son hijos o hijas extramatrimoniales. Tema que se estudiará en la unidad dos de este módulo sobre clasificación de la filiación.

#### 4.4 ESTADO ACTUAL

Hoy por hoy, los despachos judiciales se encuentran atiborrados de procesos de filiación, y donde el estado se ha visto abocado a invertir grandes sumas de dinero en contribuir con las pruebas de ADN, pues las personas interesadas en practicárselas manifiestan no tener los recursos económicos suficientes para llevarlas a cabo; es así que acuden ante el ICBF, o en su defecto solicitan el amparo de pobreza para la práctica del mismo. En vista lo anterior, y teniendo de presente la obligatoriedad de la prueba, el Estado, a través de su representante, o sea, el Juez de turno, tiene que velar porque la prueba se lleve a cabo, y es entonces donde se ve afectados los rubros de la Nación.

En la realidad, muchos de los procesos de investigación de paternidad han quedado estancados hasta por varios años, debido a la insuficiencia de los laboratorios y certificados disponibles para la realización de los exámenes correspondientes. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, reportó para el 2008 atención a 12.433 grupos, compuestos cada uno por 3 personas, y se emitieron 10.928 dictámenes. Para este año el ICBF ha informado que se han tramitado 5.187 solicitudes de muestras tomadas y se han emitido 2.963 dictámenes. (Gaceta del Congreso, 2010)<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Estadísticas suministradas por el Departamento de Investigación de Paternidad de ICBF Julio 15 de 2009

Seguidamente, y tras los estudios revelados por la Procuraduría General de la Nación, el 20 de noviembre de 2006, y como parte del seguimiento que realiza a los procesos de filiación que cursan ante la jurisdicción de familia, se reveló un resultado, el cual pone al descubierto situaciones que deben ser superadas, como las siguientes:

- En el período comprendido entre 1999 y 2006 se han presentado aproximadamente 50.000 demandas de filiación, las cuales se encuentran represadas por la falta de la práctica de la prueba con marcadores genéticos de ADN.
- Los Departamentos con mayor número de demandas de filiación son: Antioquia con 3.015; Cundinamarca, 2.396; Bogotá, 5.137; Santander, 2.085; Valle del Cauca, 1.802; Tolima, 1.774; Boyacá, 1.447; Nariño, 1.174; Meta, 1.152 y Caldas, 1.084.
- Existen 10.970 procesos de filiación sin definición por la falta de prueba de ADN ante la inasistencia de los presuntos padres a su práctica.
- En los anteriores departamentos se concentra el 73% del total de procesos pendientes de la práctica de las pruebas de ADN.
- Esta situación le ha costado al Estado colombiano la suma de 27.632 millones de pesos, únicamente en lo que se refiere a la práctica de pruebas de ADN ordenadas, sin contar con la gran inversión que supone la actividad judicial<sup>28</sup>.

Como si fuera poco, aún subsiste, sin justificación razonable, una odiosa discriminación constituida por la limitación de los efectos patrimoniales de la sentencia que declara la paternidad extramatrimonial (artículo 7° de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968), de modo que ante el fallecimiento del presunto padre y la ignorancia sobre la identidad de los herederos, el hijo extramatrimonial puede quedar privado de todos los derechos patrimoniales derivados de la filiación paterna, pues respecto de tal situación la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido el criterio de que no hay lugar a adelantar el proceso contra herederos indeterminados, para hacerles oponible el fallo<sup>29</sup>.

Pues bien, la situación someramente descrita, plantea una gran desventaja de los hijos extramatrimoniales frente a los nacidos dentro del matrimonio, que carece de justificación legítima desde la perspectiva del orden constitucional establecido en

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Expediente que se trae en cita dentro de la exposición de motivos del Proyecto de Ley 033 de 2010 Cámara de Representantes Ref: Exp. 1100102030002006-00699-00 –SR097 de 2008 Corte Suprema de Justicia

1991, lo mismo que bajo la óptica del derecho internacional (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño).

Ahora bien, se debe tener en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento formal, para ello, debe observarse desde un punto de vista Constitucional bajo el auspicio del artículo 228. Es decir, en alguna oportunidad la Corte Constitucional trató de dar respuesta al siguiente interrogante ¿existe en materia del derecho a la filiación, un verdadero principio constitucional según el cual es posible omitir determinadas formas propias de cada juicio con el objeto de darle prevalencia el derecho sustancial?

Bajo esta premisa, la sentencia T-329 de 1996, con Ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, la Corte para dar respuesta al interrogante planteado, sopesa el principio del debido proceso, con el artículo mencionado, esto es el 228, que establece como principio básico la prevalencia de la sustancia sobre la forma. A partir de esto, proponen una eventual solución que consiste en la distinción entre dos tipos de formas procesales atendiendo a su relación con la materia de la litis. De esta manera, si la relación es directa no será posible en el caso concreto darle prevalencia a la sustancia sobre la forma.



## **5. DISEÑO METODOLÓGICO**

### **5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El estudio corresponde al tipo de investigación Descriptivo – Prospectivo, basados especialmente en el aspecto teórico - bibliográfico, en cuanto apunta a generar reflexión crítica y actitudinal jurídica con respecto a la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre, basados en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia y en el Derecho comparado internacional.

### **5.2 HIPOTESIS**

El procedimiento actual en Colombia para el reconocimiento expreso del menor por parte de los abuelos paternos en ausencia del presunto padre, va en contra de los derechos del menor a la filiación de manera pronta y expedita.

El proceso actual ordinario de filiación del menor en ausencia del presunto padre, viola los principios procesales de celeridad, acceso a la justicia y economía procesal.

### **5.3 INSTRUMENTO**

Conforme al tipo de investigación se utilizaron tres rejillas de observación, la primera teórico-bibliográfica, producto de un conjunto de diversas fuentes bibliográficas que se denominará rejilla de observación jurídica, la segunda será la rejilla de Derecho Comparado en legislaciones de España, Costa Rica y Argentina, y la tercera para la consulta con especialistas, que combinados adecuadamente servirán para determinar el objeto de investigación, mediante el análisis concienzudo del tema y que responda a la formulación del problema de investigación.

Para la resolución del primer objetivo específico se aplicó la Rejilla No.1 de Observación Jurídica, que parte de un componente constitucional condicionado específicamente al Artículo 14 y que en su desarrollo jurisprudencial guarda relación con el principio de la dignidad humana y en consonancia con el Derecho al nombre (Artículo 15), desarrollo de la personalidad (Artículo 16), la familia como núcleo esencial de la sociedad y el derecho del menor a pertenecer a ella (Artículo

42 Inc. 6 y 7 hijos –progenitura) y tal vez el más importante: el interés superior del menor (Artículo 44), como se citó en el marco teórico y conceptual, acápite viabilidad jurídica, pues su incidencia se determinará en el campo *comentario* y su respectivo desarrollo, lo que al final permitirá identificar el estado actual de la filiación natural en Colombia, desde la perspectiva constitucional, legal (al exponer en las casillas correspondientes el desarrollo legislativo tanto sustantivo como procedimental) y jurisprudencial al tener identificada en la línea jurisprudencial las sentencias fundadora y arquimédica que permiten una visión en este campo.

La rejilla No. 2 de Derecho Comparado con legislaciones de España, Costa Rica y Argentina, aproximará la institución jurídica de la filiación natural como se sintetiza en los tópicos horizontales de la misma con lo existente en Colombia, relacionado con el reconocimiento expreso del menor, por parte de los abuelos con las legislaciones citadas en aspectos puntuales (véase cuadro No.2)

Por último se utilizó una rejilla de registro y participación de cuatro (4) expertos con la pregunta de investigación y objetivos trazados, para que a partir de allí se diga si o no sobre la posibilidad de un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre y por qué.

## **6. DESARROLLO Y APLICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Conforme al diseño metodológico planteado, tomando como referente las fuentes bibliográficas y humanas consultadas, a continuación se abarca todas las actividades metódicas y sistemáticas en el desarrollo de cada rejilla, correspondiente a los objetivos planteados, sobre una base de métodos científicos con el cometido de adquirir más conocimientos, consiguiendo resultados y experiencias más expeditos en el análisis descriptivo, sin el objetivo de buscar una utilidad práctica. Más bien se trata de ampliar la base de conocimiento, es decir, se trata de diseñar y comprobar teorías e hipótesis de leyes para conseguir así una base para el conocimiento orientado a la aplicación de un procedimiento administrativo frente a uno judicial.

## 6.1 DESARROLLO DE OBSERVACIÓN JURÍDICA

Cuadro No.1 Rejilla de observación jurídica

IDENTIFICACIÓN NORMATIVA DE LA FILIACIÓN NATURAL EN COLOMBIA, DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL		
UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA		Facultad de Derecho
ASESOR		Mg. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA
REALIZADO POR		LEIDY JOHANNA RODRIGUEZ ÁLZATE CAROLINA UCHIMA ESPINOSA GILDARDO A. CASTAÑEDA BETANCUR
COMPONENTE CONSTITUCIONAL		
<p>Art. 14 Personalidad jurídica: como perteneciente al Título II De Los Derechos, Las Garantías y Los Deberes, Capítulo I De Los Derechos Fundamentales, en el derecho constitucional al reconocimiento de la personalidad jurídica, se hace necesario precisar que existen dos tipos de personas: las naturales y las jurídicas.</p> <p>Para efectos de la investigación solo se contemplan las naturales, a efectos de que sus actuaciones no sean arbitrarias y especulativas, las que por supuesto generarían anarquía hacia el desprotegido. En otras palabras se reconoce al SUJETO DE DERECHOS como la persona que tiene la capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas <u>activa o pasivamente</u>; puede definirse el sujeto de derecho o persona como la capacidad atribuida por el ordenamiento jurídico para ser <u>sujeto de hechos y</u></p>	<p>Principio de la Dignidad Humana: No hay como disociar el uno del otro pues hacen parte del derecho natural y son una de las bases en la Declaración Universal de Derechos Humanos.</p>	<p><b>Comentario:</b> Es en este contexto en el que para abordar el tema de la filiación se tocan otros derechos fundamentales, articulándolo con el principio de la dignidad humana y la familia.</p> <p>Se muestra como el vocablo persona ha evolucionado desde un concepto atécnico, a uno técnico-jurídico vinculado a la capacidad patrimonial (propia del Derecho Civil decimonónico) hasta llegar a un concepto valórico o institucional de persona,</p>
	<p>Art. 15 Derecho al nombre: no solo es un derecho fundamental, sino también un derecho civil y político según la convención interamericana de derechos humanos e íntimamente</p>	

<u>consecuencias jurídicas.</u>	relacionado al derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres.	desarrollado desde el ámbito constitucional e internacional y cuya influencia produce una reinterpretación de las normas del Código Civil. La nueva lectura que se propicia entiende que en los actuales modos argumentativos los conceptos de ser humano, persona, dignidad humana, desarrollo de la personalidad, interés superior del menor y familia están directamente implicados y, por ello, el sistema jurídico debe evolucionar.
	Art.16 desarrollo de la personalidad: el reconocimiento del nombre como atributo del reconocimiento de la personalidad jurídica incide en la posibilidad de definir el plan de vida, bien sea por abolengo, por su signo distintivo en sociedad, orientación sexual y condiciones de igualdad entre otros.	
	Art. 42 Inc. 6 y 7 hijos – progenitura: La familia como institución es objeto de especial protección constitucional y por ende no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como	

		<p>núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior. Una de cuyas manifestaciones es hoy precisamente el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella.</p> <p>Art. 44 Interés superior del menor: se refiere expresamente a que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" e incluye el derecho al nombre tácitamente, exigiendo a las autoridades competentes el cumplimiento de dichas garantías.</p>	
<b>DESARROLLO LEGISLATIVO (Sustantivo – Procedimental)</b>		<b>PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES</b>	
Código Civil		C-109/95 (Fundadora)	Comentario: se observa un amplio recorrido jurisprudencial donde La Corte Constitucional
Art. 92	Establece la presunción de derecho sobre la concepción, siendo declarado	T-191/95	

	inexequible la acepción <i>de derecho</i> por la interpretación de la presunción simplemente legal (admite prueba en contrario).	T-329/96 C-004/98		no solo se pronuncia en función de garantizar derechos fundamentales relacionados con el art. 14 aquí en estudio, en conexidad con los art. 15, 16, 42 y 44, así como con el principio de dignidad humana, sino también en pronunciamientos de control constitucional de las normas aludidas (sustantivas y procedimentales), iniciando con la acusación parcial de la normas consagrada en el Artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que dentro de los 4 temas tratados se destaca el derecho a la reclamación de la verdadera filiación, como derecho constitucional innominado. Terminando en Sentencia Arquimédica con acepciones tales como: "Todas las normas legales que se refieran directa o indirectamente a la presunción establecida por el artículo 92 del Código Civil, se interpretarán teniendo en cuenta que ésta es una
Art. 173	Declarado inexequible, citado para evidenciar el desarrollo normativo y jurisprudencial en cuanto a libertades de la mujer embarazada para contraer nuevas nupcias y por ende al que está por nacer en su derecho de filiación natural real.	T-488/99 T-181/01 C-243/01 (Nicho citacional)		
Art. 214	Establece las reglas de impugnación de la paternidad y sus excepciones que han sido objeto de modificación en su desarrollo legislativo (L.1060/06) pero sigue circunscrito a la parte probatoria y la caducidad de la acción legal.	T-641/01 T-966/01 T-979/01 T-1227/01		
Art. 220	Impugnación de terceros para la declaración de ilegitimidad donde también se establecen términos perentorios, reduciendo todo una vez más al aspecto probatorio.	T-1342/01 C-807/02 T-411/04		
Art. 237	Legitimación Ipso Jure (por virtud del derecho) asociado al matrimonio por los hijos concebidos antes y nacidos en él. Legitimación de derecho que también debe ajustarse al término de 180 días.	T-584/08 (Arquimédica) C-405/09		

Art. 406	Establece la imprescriptibilidad de acción de filiación, en aparente contravía de los artículos anteriores, en virtud de enfrentar la acción de impugnación de la acción de paternidad con la acción de reclamación de la misma. (necesitó desarrollo jurisprudencial: sentencia fundadora)	C-145/10 (reafirma el problema planteado)	presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario". En el nicho citacional se destaca que para poder acceder a la filiación natural real, como derecho fundamental, independientemente del actor hay que realizar un amplio recorrido procesal acudiendo incluso a la última ratio y dejando todo a la parte probatoria, así haya voluntad de las partes. Un ejemplo claro es (Sentencia C-122-07) donde Destaca el editor el siguiente aparte de la Sentencia: <i>"La prueba científica que obra dentro de un proceso de impugnación de la paternidad constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez. Sin embargo, dado que la prueba de ADN no aporta un resultado irrefutable, el juez puede apreciar dicha prueba científica con otras pruebas que integran el acervo probatorio, con el fin de poder</i>
Ley 75 de 1968 Dicta las normas sobre filiación, en especial su capítulo I en cuanto a la investigación de la paternidad y los efectos del estado civil			
Art. 3	Derogado por el art. 14 L.1060/06 sobre vigencia y afecta también los artículos 221 y 336 del Código Civil, los artículos 5° y 6° de la Ley 95 de 1890.		
Art. 6 #4	En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.		
Art. 8	Insta a los prestadores de salud en atención de mujer embarazada a indagar por la paternidad y suministrar datos al juez de menores a que diera lugar.		
L.95/80 art. 6 Derogado por L.1060/06			
<b>Comentario:</b> Se observa como de un solo artículo se desprende todo un desarrollo normativo procedimental para modificar las normas que regulan la impugnación de			



<p>la paternidad y la maternidad, entre ellos del art. 213 a 218, 222, 223, 224, 248, 336 y 337 del C.C, circunscribiendo todo a un proceso cuya base es la prueba científica como mecanismo para desvirtuar la presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.</p>		<p><i>llegar a la decisión que le parezca la más ajustada a la normatividad y al expediente visto en su conjunto. Cabe resaltar que en la norma acusada no se exige que el juez se atenga únicamente a lo probado de manera científica”.</i></p> <p>En conclusión Se determina claramente en la línea jurisprudencial que la Corte plantea principalmente dos enfoques jurídicos, (i) cuando el juez constitucional ha retirado y cambiado la legislación civil y (ii) El juez de tutela concede el amparo por considerar la filiación un derecho fundamental.</p>
--	--	--

## 6.2 DESARROLLO REJILLA DERECHO COMPARADO

Cuadro No.2 Rejilla de Derecho Comparado

Comparativo la institución jurídica de la filiación natural en Colombia, en relación con el reconocimiento expreso del menor de edad, por parte de los abuelos con las legislaciones de España, Costa Rica y Argentina.					
<b>Tópico</b> <b>País</b>	Desde el ámbito Constitucional	Desde la legislación sustantiva	Desde el ámbito procedimental	Desde la jurisprudencia	COMENTARIO
COLOMBIA	Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Establecido como derecho fundamental.	Se rige por el Código Civil artículos 92, 173, 214, 220, 237, 406. Se circunscribe a las normas sobre impugnación de la paternidad o la reclamación de la misma.	Lo determina una pluralidad de normas (L. 75/68 – L.95/80 – L.1060/06) bajo la jurisdicción ordinaria - familia bien sea contenciosa o voluntaria, pero siempre en medio de un proceso judicial.	Se determina claramente en la línea jurisprudencial que la Corte plantea principalmente dos enfoques jurídicos, (i) cuando el juez constitucional ha retirado y cambiado la legislación civil y (ii) El juez de tutela concede el amparo por considerar la filiación un derecho fundamental. Protege la autonomía de los jueces y no permite	Se observa que para determinar el reconocimiento expreso del menor de edad, en ausencia del presunto padre, por parte de los abuelos paternos se debe acudir a todo un recorrido judicial, con los concebidos costos para la parte interesada, desgaste en el sistema contribuyendo además a la congestión

				el acceso directo al reconocimiento vía tutela.	judicial y hasta desconociendo el interés superior del menor.
ESPAÑA	<p>Artículo 39 # 2 Capítulo II Derechos y Libertades Sección III De los principios rectores de la política social y económica, destacándose que los poderes públicos aseguran, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación.</p>	<p>Código Civil. Libro I De las personas. Título V de la paternidad y filiación. Artículos 108 a 141. En especial en lo atinente a la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.</p>	<p>Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil. Capítulo II De la filiación, en especial el artículo 49 que describe tácitamente la inscripción de la filiación mediante expediente gubernativo. Ley 11/1981, de 13 de Mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección</p>	<p>El criterio interpretativo que se sigue es, plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales. Se respeta, ante todo, la prevalencia de la verdad real sobre la meramente formal o presunta, conforme a los principios informadores de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, y por encima de ella, del artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección integral de los hijos, contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que</p>	<p>Son claros los mecanismos constitucionales y legales que avalan el reconocimiento expreso de filiación ante el encargado del Registro Civil y las acciones de reclamación en cabeza de los interesados, donde la voluntad de los legitimados para accionar (padre, madre, hijo) como de terceros (abuelos, herederos, interesados) tienen fuerza probatoria real.</p>

			Jurídica del Menor	incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor.	
COSTA RICA	<p>Título V Derechos y Garantías Sociales, Capítulo Único, expresamente existen los siguientes:</p> <p>Artículo 53.- Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.</p> <p>Artículo 54.- Se</p>	<p>Código Civil que tiene su apartado como Código de Familia Título II Paternidad y Filiación art. 69 a 78. Donde se establece de manera sustancial las acciones de reclamación o impugnación según el recurrente.</p>	<p>La Ley de Paternidad Responsable, publicada en la Gaceta N° 81 del 27 de abril de 2001, reformó el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, donde se destaca el reconocimiento expreso del menor de edad en trámite administrativo.</p>	<p>Algunas de las resoluciones dictadas disponen aspectos como los siguientes: “En nuestro concepto, la tramitación en vía judicial de una acción de filiación, no excluye la que se tramita en vía administrativa. Bajo este concepto, el juez que se da cuenta de la existencia de un proceso en vía administrativa, debería suspender el que se tramita ante él, en virtud de que el proceso en vía administrativa,</p>	<p>Se destaca como se ha desarrollado el tema de la filiación dedicando desde la misma Constitución 3 artículos claros sobre quiénes son los responsables del menor de edad y la institución que debe garantizar su protección, seguido de un Código dedicado a la familia y un procedimiento expedito como el administrativo para la declaratoria de la paternidad</p>

	<p>prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.</p> <p>Artículo 55.- La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado</p>			<p>podría ser revisado posteriormente en vía judicial. Existen resoluciones judiciales que señalan la posibilidad que tiene la madre de acudir al trámite administrativo, a pesar de haber gestionado en vía judicial, algunas de ellas, referidas a personas menores de edad cuyo nacimiento ocurrió antes de la promulgación de la ley. En virtud de lo anterior, el Registro Civil modificó su criterio en cuanto a la posibilidad de determinar la paternidad de un menor nacido con anterioridad al 27 de abril de 2001.</p>	<p>responsable y por ende la garantía del derecho de filiación, incluso compromete a los centros de salud que atienden el 98% de los nacimientos en ese país.</p>
--	---	--	--	---	---

ARGENTINA	<p>No existen en las disposiciones constitucionales de Declaraciones, Derechos y garantías un tema específico o concreto sobre el tema tratado, solo consideraciones generales.</p>	<p>Código Civil de la República Argentina en su Libro Primero De las Personas, Sección Segunda De los derechos personales en las relaciones de familia Título, II De la filiación, en su Capítulo I – establece las disposiciones generales art. 240 a 310 y específicamente lo atinente al reconocimiento en el art. 250 que prohíbe declarar unilateralmente con quien se tuvo el hijo, sin consentimiento del progenitor.</p>	<p>El Decreto - Ley N°:18.248 Nombre de las Personas (Con las reformas de las leyes 20.668, 23.162, 23.264 y 23.515) son las que determinan el procedimiento, junto con el Decreto - Ley N°:8.204/63, Capítulo VII – Reconocimiento art. 37 a 42.</p>	<p>La jurisprudencia emanada de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial establece la validez constitucional de algunas normas legales que regulan materia propia del Derecho de Familia y puede y debe ser juzgada no sólo en abstracto, sino en concreto. Puede ocurrir que un texto infraconstitucional sea visible y manifiestamente contrario a la Constitución Nacional o Provincial en cualquier circunstancia fáctica; por el contrario, determinar la contrariedad de la ley con el derecho</p>	<p>Se destaca las acciones de reclamación del Estado como elemento para subsanar la insuficiencia constitucional y en suma, el art. 259 del Código de Familia satisface el juicio de compatibilidad constitucional al plasmar una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional. La ley argentina hace cesar la presunción de paternidad y el derecho del niño a preservar su identidad sólo</p>
-----------	---	--	---	--	---

				<p>constitucional y humano "a la vida familiar", puede ser juzgada en concreto, conforme a las circunstancias del caso. De allí que la principal jurisprudencia gire en torno a la demanda de inconstitucionalidad del art. 259 del Código de Familia en últimas desestimada.</p>	<p>halla plena tutela a través del reconocimiento de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial a la madre, ya que puede ser ejercida aún antes de que el niño cuente con discernimiento para los actos lícitos, permitiéndose así la efectiva protección de aquel derecho. La ley debe ser interpretada desprendiéndose de toda idea relativa a la autoridad paterna exclusiva puesto que ese principio no tiene ya apoyo normativo.</p>
--	--	--	--	---	--

### 6.3 DESARROLLO REJILLA DE PARTICIPACIÓN

Cuadro No. 3-1 Rejilla de Registro y participación

Describir y analizar la percepción que expertos del derecho civil-familia tienen sobre un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre.		
Nombre y apellidos:	LUIS ENRIQUE BECERRA DELGADO	
Título: ABOGADO	Cargo: NOTARIO 2°	Experiencia: 25 Años
Pregunta: ¿Cuál es la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre? SI – <u>NOX</u>		
¿Por qué? <i>La legislación ha consagrado un procedimiento para este caso a través del juicio de investigación de la paternidad, y esto mediante de la prueba de ADN. El juez debe ordenar o mejor condenar al presunto padre. De ser posible el reconocimiento expreso de los abuelos se estaría saliendo la voluntad del padre como derecho preservado solo a él.</i>		



Cuadro No. 3-2 Rejilla de Registro y participación

Describir y analizar la percepción que expertos del derecho civil-familia tienen sobre un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre.		
Nombre y apellidos:	SARITA ESCOBAR OTALVARO	
Título: ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL	Cargo: SECRETARIA JUZGADO 1° DE FAMILIA	Experiencia: 15 Años
Pregunta: ¿Cuál es la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre? <u>SI</u> X – NO		
¿Por qué? <i>La descongestión judicial, frente a un trámite en el que existe vulneración nuera – nietos – suegro – padre fallecido – o sin “acuerdo de voluntades,” que es el requisito para que por vía notarial se hayan aprobado leyes con fines similares, ejemplo, divorcio, liquidación de sociedad conyugal, existencia de uniones, disoluciones, liquidaciones de sociedades maritales de hecho, etc. Además, es de gran mérito evitar la toma de muestras de ADN al niño, a los familiares, y en casos extremos, a los restos óseos del progenitor.</i>		

Cuadro No. 3-3 Rejilla de Registro y participación

Describir y analizar la percepción que expertos del derecho civil-familia tienen sobre un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre.		
Nombre y apellidos:	ELEAZAR PEREZ MARULANDA	
Título: ABOGADO	Cargo: SECRETARIO JUZGADO 2° DE FAMILIA	Experiencia: 26 Años
<p>Pregunta: ¿Cuál es la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre? <u>SI</u> X– NO</p> <p><i>¿Por qué? Considero que si es viable dicho reconocimiento puesto que ello implica una mayor agilidad en el trámite para determinar la paternidad de un menor, amen que contribuye a la descongestión judicial y económica para las partes. Son numerosos los casos en que los familiares paternos, no solo los abuelos, sino también los tíos, primos y otros reconocen sin género de dudas que el niño, la niña son los hijos del causante y pese a que de entrada así lo acepten, la normatividad actual lo prohíbe y obliga a un proceso largo y complejo. Por eso considero que debería haber una etapa de conciliación entre el hijo que demanda y los herederos del causante quienes son llamados al juicio, para que manifiesten si aceptan o no la paternidad demandada y en caso negativo ir a juicio.</i></p>		

Cuadro No. 3-4 Rejilla de Registro y participación

Describir y analizar la percepción que expertos del derecho civil-familia tienen sobre un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre.		
Nombre y apellidos:	JORGE ENRIQUE PEÑA VILLAMIL	
Título: ABOGADO	Cargo: JUEZ 1° DE FAMILIA	Experiencia: 20 Años
<p>Pregunta: ¿Cuál es la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre? <u>SI</u> X– NO</p> <p>¿Por qué? <i>Indudablemente como nuestra legislación no consagra este evento, sin embargo, como el asunto puede conllevar diversos conflictos e intereses, a fin de descongestionar el aparato judicial de procesos de reconocimiento de paternidad, de los cuales en muchos casos no existe conflicto de intereses, se podría por iniciativa del legislador, incluirlo como un proceso de jurisdicción voluntaria o facultar a los notarios para que levanten un Acta de Reconocimiento por parte de los padres de cujus, con la eventualidad obvia de impugnación mediante el procedimiento ordinario para quienes tengan algún interés jurídico en oponerse, la cual comenzaría a correr una vez estos se hayan enterado del reconocimiento a partir de la ejecutoria de la sentencia de jurisdicción voluntaria.</i></p>		

## **7. ANÁLISIS DE LA EFICIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **7.1 ANÁLISIS DE LA REJILLA DE OBSERVACIÓN JURÍDICA**

Al realizar la identificación normativa de la filiación natural en Colombia, desde la perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial se puede observar como desde el ámbito constitucional es reconocida la personalidad jurídica como un derecho fundamental, en atención a un principio como la dignidad humana y a tratados y convenios internacionales ratificados por el país. Su alcance es claro y contundente, pues se entiende desde el mismo artículo 14 de la carta que todo derecho subjetivo entendido como la facultad o poder de obrar requiere un objeto y un sujeto; en este caso el objeto representa aquello sobre lo cual se ejerce el derecho (el nombre) y el sujeto es la persona capaz de ser titular de derechos y obtener de ellos las ventajas que puedan suministrarle (consecuencias jurídicas).

Es así como cobra relevancia dentro del análisis del componente constitucional el artículo 14 con otros derechos fundamentales como el del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) por ser un atributo, consignado además en normas internacionales, que le brinda al sujeto una serie de cualidades o propiedades que se predicán de los seres humanos, sin distinguir su condición y que sirven para identificar a cada persona. Pero no se queda allí en el solo individuo, sino que dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, trasciende en la institución familiar y con ellos los hijos y la progenitura como sujetos de especial protección, llegando a la figura del interés superior del menor (artículo 44) elevado por vía jurisprudencial como derecho fundamental donde prevalece por encima de los derechos de las demás personas.

Ahora bien, es bien conocido en la legislación interna de Colombia que el Código Civil, llamado a regular las disposiciones sustantivas que determinan los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles data de 1887, de allí que después de expedida la Constitución Política de 1991, incluso desde antes, dicha norma haya sufrido modificaciones y demandas de inconstitucionalidad para ajustarlas a los tiempos modernos, verbo y gracia a la evolución en derechos de la institución familiar, como de cada uno de sus componentes (madre, hijos dentro y fuera de matrimonio, especialmente), acuñados desde la jurisprudencia, donde las presunciones de paternidad del artículo 92 del Código Civil que inicialmente no admitía prueba en contrario por ser de derecho, pasó a ser simplemente legal, es decir sujeto de prueba en contrario y con ello cambia el panorama en las reglas de impugnación (artículo 214), no solo del padre sino de terceros (artículo 220)

incluso en las acciones de reclamación, pero sometidas a procesos engorrosos, carga probatoria, entre otras que impiden un rápido y eficiente reconocimiento de la filiación natural en ausencia del presunto padre, aunque haya común acuerdo entre la madre y abuelos paternos.

La mayor parte de los problemas que se abordan en los procesos de filiación giran alrededor de cuestiones probatorias y del alcance de ciertas normas relativas a la determinación de la paternidad, que se concreta en algunos casos en hasta qué punto rigen en los procesos de filiación las reglas formales de la carga de la prueba propias del proceso civil.

El principio de la carga de la prueba del artículo 1214 del Código Civil, que rige en toda la mecánica probatoria del proceso civil colombiano y en lo que los de filiación no hacen excepción, es un instrumento formal para resolver la importante cuestión de quién debe probar ciertos hechos básicos de las pretensiones actuadas en el proceso, sometiendo al menor de edad a la congestión judicial, tramitomanía, gasto de recursos en apoderado y demás para aquellos casos en que existe voluntad de las partes o presunciones firmes, haciéndolos pasar por lo que describe la Ley 721 de 2001, en sus artículo 2 y 3, que al tenor dice:

Artículo 2. En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad.

En aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

PARÁGRAFO. En los casos en que se decrete la exhumación de un cadáver, esta será autorizada por el juez del conocimiento, y la exhumación correrá a cargo de los organismos oficiales correspondientes independientemente de la persona jurídica o de la persona natural que vaya a realizar la prueba.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En el proceso de exhumación deberá estar presente el juez de conocimiento ~~o su representante~~. El laboratorio encargado de realizar la prueba ya sea público o privado designará a un técnico que se encargará de seleccionar y tomar adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba, preservando en todo caso la cadena de custodia de los elementos que se le entregan.

ARTÍCULO 3o. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

Pero allí no termina lo que los investigadores plantean en los supuestos sobre que todo este procedimiento va en contra de los derechos del menor a la filiación de manera pronta y expedita o que el proceso actual de jurisdicción voluntaria u ordinaria de filiación del menor en ausencia del presunto padre, viola los principios procesales de celeridad, acceso a la justicia y economía procesal, pues se denota en los artículos 220 y 237 del Código Civil analizados, que la figura de la caducidad entra a coartar derechos, así como la figura de imprescriptibilidad para la acción de filiación del artículo 406 de la misma norma, pone en entre dicho lo reglado en la Ley 75 de 1968, lo cual requirió la expedición de normas adicionales como la Ley 95 de 1980, derogada luego por la Ley 1060 de 2006 y hasta entra a jugar un papel importante la misma Ley 721 de 2001 y ni así se ha logrado subsanar una situación que afecta a muchos menores de edad en su derecho fundamental de filiación natural real, por encima de cualquier otro derecho como lo manda la Constitución de 1991 en su artículo 44, en concordancia con la normatividad internacional.

## 7.2 ANÁLISIS DE LA REJILLA DE DERECHO COMPARADO

Al realizar el comparativo de la institución jurídica de la filiación natural en Colombia, en relación con el reconocimiento expreso del menor de edad, por parte de los abuelos con las legislaciones de España, Costa Rica y Argentina, se puede dilucidar que Colombia pese a tener un mejor desarrollo constitucional, aventajado en el reconocimiento de la personalidad jurídica al gozar de los privilegios jurídicos por estar dentro de la gama de Derechos fundamentales que suponen una mayor protección, el hacerlo efectivo de manera pronta y oportuna resulta trabada en litigio para los casos de ausencia del presunto padre y no se puede acceder al mecanismo de tutela de manera directa por estar sometida a la condición de ultima ratio (después de agotar la vía ordinaria) y a la autonomía del juez en conceder el derecho o no, como lo denotan los dos enfoques jurídicos expuestos desde la jurisprudencia, además del sometimiento al control de constitucionalidad de las normas concordante con el caso concreto, que se traducen en la reglamentación de la reglamentación inacabada para temas como el aquí investigado.

Cosa distinta sucede al abordar la Constitución Española que de entrada cataloga la protección integral de los hijos, en igualdad de condiciones e independientemente de su filiación, como un principio rector de política social y económica y en consonancia su Código Civil en el Título V de la paternidad y filiación faculta al hijo durante toda su vida para la acción de reclamación cuando falte la respectiva posesión de estado, que no es otra cosa que lo descrito en el Código Civil Español, artículo 214:

La posesión de estado del hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer.

Los principales de estos hechos son:

1. Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre.
2. Que estos le hayan dado el trato de hijo, y el a su vez, los haya tratado como padre o madre.
3. Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad.

Dicho de otra manera en ausencia del presunto padre verdadero, del cual no obtuvo su filiación real. Pero va más allá en su desarrollo legislativo y en la norma de Registro Civil la inscripción de filiación la hacen mediante expediente gubernativo y otras más que en consonancia le brindan protección jurídica al menor de edad, acuñado por la jurisprudencia que asegura esa protección integral de los hijos contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, tal como lo dicta la Ley 11 de mayo 13 de 1981, logrando el acomodo de la realidad formal a la biológica, el interés jurídicamente tutelado de la familia, la seguridad y estabilidad familiar y en la detentación del estado civil, sin erigir, empero, los principios informadores del sistema en regla absoluta e ilimitada, equilibrio que desde luego se logra mediante el establecimiento desde la misma norma de los presupuestos de legitimación y el plazo para el ejercicio de las acciones de filiación.

Aún más enriquecedor es el análisis de la normatividad Costarricense, en donde su Constitución parte de ubicar lo referente al derecho de los niños y su progenitura en los artículos 53, 54 y 55, correspondiente al Título de Derechos y Garantías Sociales, desarrollando claramente la protección del menor de edad sin discriminación ni atención a la calificación personal sobre la naturaleza de la filiación; es más, designa una institución autónoma como el Patronato Nacional de la Infancia para ejercer la protección especial del menor y un Código de Familia aparte del Código Civil. En el año 2001 mediante la Ley de paternidad Responsable que reformó el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, establece el reconocimiento expreso del menor de edad por trámite administrativo y en su control de constitucionalidad indican claramente que la tramitación en vía judicial de una acción de filiación, no excluye la que se tramita en vía administrativa, es decir, hacen valer el interés superior del menor de edad garantizando mediante trámite expedito su filiación, trasladando el peso de un proceso o dubitación a la aparición del padre o herederos si hubiera lugar a ello. Se destaca el compromiso de los centros de atención en salud para reportar oportunamente los nacimientos, con una cobertura muy alta.

Por último, llama la atención el análisis de la República Federal Argentina, donde constitucionalmente no hay derechos y garantías específicas con relación al tema, pero su desarrollo jurisprudencial en torno al artículo 259 del Código Civil, donde el reconocimiento efectuado es irrevocable y no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, siendo por demás para ellos compatible con la normatividad internacional y valores constitucionales, lo que a juicio de los investigadores lo vuelve aún más rígido recordando en otrora lo que establecía el artículo 92 del Código Civil Colombiano, es más, sucumbe la aspiración de referencia para el desarrollo de esta investigación cuando se lee en el artículo 250 del Código civil Argentino que: *En el acto de reconocimiento es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto (...)*; lo que se convierte en un hecho aún más gravoso para el menor y cada provincia establece normas sobre el particular.

Lo único destacable en el análisis comparado de este último país es que en la Provincia de Buenos Aires se emitió la Ley de Creación del Fuero de Familia en octubre de 1993, la cual fue modificada por la Ley número 12.318 que incorpora y modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se establece que quien peticione ante estos tribunales lo debe hacer con abogado titulado, pero dando la posibilidad de optar por la competencia de los Jueces de Paz o los Descentralizados, casos en los cuales pareciera que no se debe contar con dicho apoderado, que a juicio de los investigadores se puede interpretar como un avance a la descongestión, máxime si también es posible la promoción de la etapa previa sin abogado cuando razones de urgencia lo justificaren.

### 7.3 PERCEPCIÓN DE EXPERTOS.

#### 7.3.1 Análisis de la rejilla 3-1

Para el Doctor Luis Enrique Becerra, Notario Segundo del Círculo de Cartago, asumiendo una posición exegética y ajustado a las normas existentes, advierte que no hay necesidad de realizar juicios de valor en relación a la viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos en los casos de ausencia del presunto padre, apreciación por demás funcionalista y objetiva propia de su cargo, pues desde lo administrativo, como se viene desarrollando la idea de investigación, supondría nuevas funciones notariales de carácter gratuito y argumenta la posible violación al derecho de voluntad del presunto padre como principio reservado o en cabeza del progenitor, sin adentrarse si es justo o injusto



para un menor someterse a un sistema jurídico largo y desventajoso para la parte débil de la confrontación legal.

### 7.3.2 Análisis de la rejilla 3-2

Desde la jurisdicción de familia, la Doctora Sarita Escobar Otálvaro, secretaria del Juzgado Primero de Familia, centra su participación en la figura de *la descongestión judicial*, pues considera que un trámite administrativo fortalecería este propósito para los casos en cuestión y argumenta de manera analógica cómo ha evolucionado la norma en materia de familia (*divorcio, liquidación de sociedad conyugal, existencia de uniones, disoluciones, liquidaciones de sociedades maritales de hecho, etc.*) para demostrar que sí es viable jurídicamente el reconocimiento expreso, con un ingrediente adicional y es la salvedad sobre los casos extremos dubitados que ameritarían el uso eficiente del sistema en la toma de muestras de ADN al niño, a los familiares y en casos extremos, a los restos óseos del progenitor, si se llegare a encontrar e identificar plenamente; lo que si se empieza a vislumbrar de este concepto es que desde lo jurídico existe una evolución y preocupación, por darle celeridad a los problemas comunes que involucran el núcleo familiar, especialmente a la protección de derechos de la mujer y los menores.

### 7.3.3 Análisis de la rejilla 3-3

Basado en la amplia experiencia y trayectoria jurídica en asuntos de familia, el Doctor Eleazar Pérez Marulanda, considera viable el reconocimiento expreso del menor de edad por parte de los abuelos paternos en ausencia del presunto padre, no solo desde la contribución a la descongestión judicial, sino también desde las implicaciones y alcance jurídico que tiene el mismo, es decir la filiación, aduciendo además que existe un gran número de casos en los cuales media la voluntad de las partes legitimadas para actuar en el proceso y pese a ello se ven abocados a un proceso largo y oneroso por se a lo dispuesto en las normas actuales y propone como solución una especie de requisito de procedibilidad amparado en la figura de la conciliación, elemento interesante para continuar el estudio.

### 7.3.4 Análisis de la rejilla 3-4

El señor Juez Primero de Familia, Doctor Jorge Enrique Peña Villamil, contempla una posición ecléctica frente a que la situación planteada puede ser incluida como un proceso de jurisdicción voluntaria o facultar a los notarios para que levanten un Acta de Reconocimiento por parte de los padres de cujus, lo que indudablemente ayudaría a descongestionar el aparato judicial de procesos de reconocimiento de

paternidad, haciendo la salvedad de que una vez surtido el trámite y se presenten objeciones por parte de los herederos o legitimados en la causa se impugne mediante el procedimiento ordinario y establece además en su concepto los términos para ejercer dicha acción, los cuales comenzarían a correr una vez estos se hayan enterado del reconocimiento a partir de la ejecutoria de la sentencia de jurisdicción voluntaria.

## 8. CONCLUSIONES

Al desarrollar la identificación del estado actual de la filiación natural en Colombia, desde la perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial, es perceptible como a pesar de considerarse un derecho fundamental con base constitucional en el artículo 14 de la carta política de 1991, esta figura sigue sujeta a los aspectos probatorios y al desarrollo tímido del legislativo, enfocado a tratar de equipar una norma sustantiva de hace 124 años como el Código Civil (Ley 57 de 1887), al orden moderno y generacional que necesariamente a tocado el pilar fundamental de la sociedad: la familia.

Es así, como la Ley 1060 de 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad, no cubre aspectos procesales prácticos, conservando casi intacta una norma de hace 42 años como la Ley 75 de 1968, solo agregando normas sobre normas como la referente a las pruebas científicas genéticas de identificación del ADN para determinar la filiación (Ley 721 de 2001), hecho abiertamente flagrante a la dignidad humana, interés superior del menor, derecho al buen nombre y a conocer el origen verdadero de su familia. Con esto no se quiere indicar que se esté en contra de los procedimientos y aplicación de los medios de prueba, por el contrario es hacer valer que primero es el derecho del menor de edad y luego el de los adultos, así que un trámite expedito lo pondría en la posición que debe tener en una controversia legal y es la de especial protección del Estado y no en la penosa lista de la congestión judicial, carga probatoria, términos de caducidad y prescripción del derecho a conocer sus verdaderos padres por los efectos de normas anquilosadas en el tiempo, especialmente en lo atinente a la ausencia del presunto padre, donde los abuelos paternos pueden suplir ese vacío de forma inmediata y ante cualquier reclamación de terceros, que sean estos los que carguen el proceso y no el menor.

Lo anterior tiene sustento jurisprudencial donde la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la filiación desde su sentencia hito (C-109 de 1995) que de manera homogénea y solo en casos puntuales (sentencias de tutela) varía sus pronunciamientos, en consecuencia se defiende más en ocasiones la autonomía de los jueces al declarar caducidades o prescripciones, pero en todo caso otorgando una autorización para que el hijo pueda impugnar, en todo momento, la paternidad, siempre y cuando demuestre, con diversos elementos probatorios, la pretensión que invoca. Es decir, somete a un menor de edad por intermedio de su representante legal o cuando ya alcanzó la mayoría de edad, a intrincarse en todo un proceso (recordando que la tutela es la última ratio) perdiendo en ocasiones su

dignidad en los años más preciosos, su infancia, además de recordar el adagio popular en los investigadores: *el tiempo que pasa es la verdad que huye*.

La comparación de la institución jurídica de la filiación natural en Colombia con países como España, Costa Rica y Argentina, en lo relacionado con el reconocimiento expreso del menor, por parte de los abuelos, permitió hacer una reflexión sobre la posible recepción de la legislación de los países centrales o productores (España), o con un desarrollo importante del tema (Costa Rica), pero también siguiendo el principio de analogía de tesis y antítesis, ya que Argentina se ubica al otro extremo del problema, pues ni siquiera lo considera como un derecho fundamental y es ahí donde Colombia cobra relevancia comparativa al tener la posibilidad de asumir una posición ecléctica y generar un derecho propio, una identidad nacional, una tradición jurídica propia o al menos común, para evitar ser ajeno a las realidades sociales propias y cumplir la misión de solventar las decisiones del futuro y evitar la vigencia de leyes importadas (Código Civil de Andrés Bello proveniente de Chile) sin mayor relevancia para nuestra cultura jurídica. Se considera que las condiciones y necesidades están dadas desde lo constitucional y jurisprudencial como lo muestra el desarrollo del trabajo y la opción de trámite administrativo, considerándolo viable con la realidad nacional, incluso coadyuvando con la descongestión del sistema.

En la descripción y análisis que expertos del derecho civil -familia - hacen sobre un procedimiento administrativo para la filiación, mediante el reconocimiento expreso de los abuelos paternos, en ausencia del presunto padre, se concluye que es procedente y pertinente dadas las condiciones que presenta actualmente el sistema jurídico Colombiano, sumido en la congestión judicial, ávido de recursos, en pro de la simplificación de trámites, como efectivamente se evidencia en la Ley 1395 de 2010, los recientes anuncios del gobierno nacional en la expedición de un decreto que elimina el certificado de supervivencia, el uso de la huella dactilar y autenticaciones, entre otros, pero sobre todo que existe un gran número de casos de filiación donde está ausente el presunto padre y que requieren una agilidad en los tramites, pues se está violando el interés superior del menor, el derecho fundamental consagrado en el artículo 16 de la Carta y demás artículos relacionados, máxime cuando en muchos de ellos media la voluntad de las partes legitimadas para actuar en el proceso, resultando paradójico que la fuerza de la costumbre machista, esté por encima de la misma Constitución y el desarrollo jurisprudencial.

La viabilidad jurídica del reconocimiento expreso de los abuelos paternos, mediante orden de inscripción de la filiación en el registro civil de nacimiento del solicitante, en ausencia del presunto padre es posible mediante un procedimiento administrativo ante notario, que no excluye la tramitación por vía judicial de una

acción de filiación, pero si ubica en primer lugar al menor, evitando entre otros efectos procedimentales la carga de la prueba, como hasta ahora viene sucediendo en Colombia y la aplicación de prescripciones que dejan sin asidero jurídico a la parte más débil del litigio. Es decir, se busca la posibilidad de determinar la paternidad de un menor partiendo de la presunción tácita o expresa, reconociéndole su derecho fundamental de filiación, a un nombre e identidad, al desarrollo de su personalidad desde el mismo momento de su nacimiento y ya las particularidades de cada caso discutirlos en el escenario del sistema jurídico.

## **9. RECOMENDACIONES**

Articular una línea de investigación en materia de familia al interior del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre de Pereira en pregrado y posgrado, como un proceso de fortalecimiento de los saberes y aprendizajes significativos en esta área, que cuenta con muy pocos créditos en el pensum académico y es un tema de amplia demanda en el Consultorio Jurídico, especialmente la filiación y sus consecuencias jurídicas.

Presentar una propuesta legislativa que adicione elementos erga omnes a la figura de la conciliación tanto prejudicial como judicial para los casos de reconocimiento expreso del menor en ausencia del presunto padre y contribuir así a la descongestión judicial, obedeciendo a los principios de economía procesal y orden justo.

Continuar explorando el tema del reconocimiento expreso del menor en ausencia del presunto padre desde la esfera estadística y de prueba de campo, teniendo como base teórica y jurídica el presente trabajo, como una forma de transpolarizar una problemática recurrente en un país de familias cada vez más disfuncionales y que se apartan del concepto tradicional de familia nuclear o extensa.

## BIBLIOGRAFÍA

Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). <http://www.derechoshumanos.net/>. Recuperado el 2 de Diciembre de 2010, de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>

BENAVIDES SANTOS, Diego. "*Tendencias del poceso familiar en America Latina*" Revista Electronica Dialnet, Recuperado el 2 de Septiembre de 2011, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1396115>.

Blog Conceptos Jurídicos. (22 de Julio de 2009). <http://deconceptos.com/>. Recuperado el 2 de Octubre de 2011, de <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/viabilidad>

COLOMBIA. Gaceta del Congreso. (2010). <http://servoaspr.imprenta.gov.co>. Recuperado el 20 de Febrero de 2011, de [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=033&p\\_consec=26314](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=033&p_consec=26314)

CONACED. (2000). *La Familia en la Perspectiva del año 2000 - Colección Mesa Redonda*. Bogota: Cooperativa Editorial Magisterio.

e-ciencia. Proveniente de Bachofen, "La historia de la familia como institución social", en Palerm, 1976: 159-165 (2 de 10 de 2011). <http://e-ciencia.com/>. Recuperado el 2 de 10 de 2011, de e-ciencia: [http://e-ciencia.com/recursos/enciclopedia/Antropolog%C3%ADa\\_del\\_parentesco](http://e-ciencia.com/recursos/enciclopedia/Antropolog%C3%ADa_del_parentesco)

ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Lago-Agrario Ecuador: Ediciones de la revolución ecuatoriana. Colección 40 Aniversario del Partido Comunista Marxista Leninista del Ecuador. pp.37 y 38 (2004).

Leyes Colombia. (2007). *Código Civil*. Bogota: Legis S.A.

MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho de Familia*. Santiago - Chile: Editorial Juridica Chile (1975). Tomo II. p.462

MONROY CABRA, Marcos Gerardo. *Derecho de Familia y Menores*. Bogota D.C. (2001). ISBN:9586354075. 688 p.

OACDH. (16 de Diciembre de 1966). *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2010, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

PARRA BENITEZ, Jorge Alberto. *La Filiación en Derecho de Familia*. Bogota D.C: Leyer S.A. (2008). ISBN: 958-711-428-0 v. 1 200 p.

PEREZ BOURBON, Hector. *Mnual de Técnica Legislativa*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung (2007). ISBN 978-987-1285-07-51. 216 p.

RESTREPO FERNÁNDEZ, Carlos Martín. *Las Pruebas de Filiación- Apuntes de Genética para los Abogados*. Bogota D.C: Editorial Universidad el Rosario. (2007). ISBN 978-958-8298-58-8

Senado de la República de Colombia. (15 de Septiembre de 2011). <http://www.secretariasenado.gov.co/>. Recuperado el 22 de Septiembre de 2011, de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html)

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/cc.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html)